

April 2015

The Role of Arbitration in Addressing the Economic Imbalance of Investment Contracts" Part (I)

Alaa El Tamimy Abdo

Lecturer of Commercial Law Faculty of Law, Mansoura University Egypt, alaa_eltamemey@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Dispute Resolution and Arbitration Commons](#)

Recommended Citation

Abdo, Alaa El Tamimy (2015) "The Role of Arbitration in Addressing the Economic Imbalance of Investment Contracts" Part (I)," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2015 : No. 62 , Article 1.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2015/iss62/1

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Role of Arbitration in Addressing the Economic Imbalance of Investment Contracts" Part (I)

Cover Page Footnote

Dr. Alaa El Tamimy Abdo Lecturer of Commercial Law college of Law- Mansoura University - Egypt
alaa_eltamemey@yahoo.com

دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار*

د. علاء التميمي عبده*

ملخص البحث: القسم الأول

دأب الفكر الاستثماري - خاصة الأجنبي - على التخوف من المخاطر المحفوفة بالاستثمار في الأقطار النامية، نظراً لما يسود هذه الأقطار من عدم الاستقرار القانوني (سواء على صعيد التشريعات أو على صعيد الأحكام القضائية) وكثرة الصراعات القومية والطائفية، وتفشى البيروقراطية وجمود الهياكل الاجتماعية، ومؤخراً الحركات الثورية التي اجتاحت عدة دول عربية في الآونة الأخيرة. وقد زاد من حدة العوامل السابقة عوامل دولية، كانت ذات تأثير عاصف بالمشروعات الاستثمارية وحركة الائتمان الدولي، مثل العولمة وثورة المعلومات والأزمات المالية العالمية. الأمر الذي عكس تنوعاً وتعدداً في المخاطر ومن ثم العواقب التي يمكن أن يتعرض لها رأس المال المستثمر بداية من عدم تحقيق الربح وانتهاء بفقدان كيانه. يأتي هذا في ظل سعي الدول النامية إلى جذب الاستثمارات بأشكالها المختلفة، بالنظر إلى أنها تعد من أهم قاطرات التنمية التي تعتمد عليها هذه الدول، بعد أن ثبت لها أن الادخار الوطني وما تدره الثروات الطبيعية من دخل عاجز عن الوفاء بالحاجات المتعاظمة اللازمة لتحقيق الأهداف التنموية للدولة.

وتنطلق أهمية هذه الدراسة من أن التقلبات السياسية والاقتصادية التي اجتاحت العديد من دول العالم في الآونة الأخيرة (سواء بسبب الأزمة المالية العالمية أو بسبب الثورات العربية) كشفت عن وجود نوع من انعدام التوازن الاقتصادي في كثير من عقود الاستثمار، الأمر الذي أثار حفيظة العديد من الدول، التي شعرت بأن هذه

* أجاز للنشر بتاريخ ٢٠١٣/٩/١٢.

* مدرس القانون التجاري بكلية الحقوق - جامعة المنصورة - جمهورية مصر العربية.

العقود بما تتضمنه من شروط وبنود أصبحت تشكل عبئاً ثقيلاً عليها، وتمثل استنزافاً خطيراً لمواردها وثرواتها، بما جعل هذه الدول تنتفض دُعراً بحثاً عن آلية لتعديل هذه العقود بما يتناسب مع المستجدات السياسية والاقتصادية، خاصة أن التحكيم هو الوسيلة المتفق عليها لفض المنازعات كافة الخاصة بهذه العقود.

وتلجأ الدول على إثر شعورها باستنزاف مواردها من ناحية وعدم رغبتها في اللجوء للتحكيم لفض المنازعة من ناحية أخرى إلى تأميم مشروع المستثمر. ولا تملك هيئة التحكيم إذا ما عرض عليها النزاع بعد صدور القرار سوى أن تقضي للمستثمر بالتعويض. والجدير بالذكر أن هذا الحل يمثل تسوية غير عادلة تؤثر بالسلب في أطراف العلاقة، خاصة الدولة المضيفة للاستثمار، حيث يحرص طرفا العلاقة في الغالب على استمرار العقد، بالنظر إلى أن كليهما يحتاج إلى الآخر، كما أن إقصاء المشروع الاستثماري أمر ليس بالبسيط، وذلك بالنظر إلى ضخامة حجم رؤوس الأموال المستثمرة فيه، وأن ما حدث من اختلال في توازن هذا العقد يتطلب فقط التعامل معه معاملة خاصة من هيئة التحكيم المنوط بها حل النزاع، للتغلب على مشاكله، ومن ثم بقاء العلاقة قائمة.

وتتجلى أهمية دور هيئة التحكيم دون غيرها من وسائل فض المنازعات في تمتعها بقدرات خاصة على تفهم طبيعة عقد الاستثمار، وكيفية استرجاع توازنه المفقود. لكن هذا الدور يتوقف على الصياغة التي تم من خلالها تنظيم سلطة هيئة التحكيم في عقد الاستثمار.

ولما كان التحكيم هو الوسيلة التي لا غنى عنها للمستثمر، والتي لا تتمكن الدولة المضيفة للاستثمار في غالب الحال من حرمانه منها، فإن هذه الدراسة تسعى لمواجهة إشكالية محددة، تتمثل في كيفية تطويع هذه الوسيلة للاستفادة منها قدر الإمكان لمواجهة حالات اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، خاصة في ظل حرص المستثمر على تحصين شرط التحكيم في هذه العقود بشروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس وعدم القابلية للتفاوض. من ناحية أخرى تبدو أهمية الحديث حول

الضمانات التي يمكن للدولة المضيفة للاستثمار أن تستعين بها خاصة عند الاتفاق على التحكيم حتى تتمكن من تجنب شطط هيئات التحكيم عند نظر منازعات الاستثمار، والتي غالبًا ما تظهر في صورة اختلال للتوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار.

المقدمة:

١- دأب الفكر الاستثماري خاصة الأجنبي^(١) على التخوف من المخاطر المحفوفة بالاستثمار في الأقطار النامية، نظرًا لما تتسم به من عدم الاستقرار القانوني (سواء على صعيد التشريعات أو على صعيد الأحكام القضائية) وكثرة الصراعات القومية والطائفية، وتقشي البيروقراطية وجمود الهياكل الاجتماعية، ومؤخرًا الحركات الثورية التي اجتاحت عدة دول عربية في الآونة الأخيرة. وقد زاد من حدة العوامل السابقة عوامل دولية، كانت ذات تأثير عاصف في المشروعات الاستثمارية وحركة الائتمان الدولي، مثل العولمة وثورة المعلومات والأزمات المالية العالمية. الأمر الذي عكس تنوعًا وتعددًا في المخاطر ومن ثم العواقب التي يمكن أن يتعرض

(١) يعرف الاستثمار الأجنبي بأنه عبارة عن رأس مال نقدي أو عيني، مادي أو معنوي وافد من الخارج مملوك لأفراد أو مؤسسات عربية أو أجنبية يستهدف الإسهام في النشاط التجاري والاقتصادي في بلد ما بقصد الحصول على عوائد مجزية، مع ثبوت الحق لصاحبه في إعادة تصديره مع عوائده للخارج". ويظهر رأس المال هذا في أشكال عدة، منها على سبيل المثال: الآلات والمعدات ووسائل النقل والمواد الأولية والمستلزمات السلعية المجلوبة من الخارج بقصد الاستثمار، الحقوق المعنوية كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والتراخيص والأسماء التجارية والتصميمات الهندسية، وإقامة مشروعات استثمارية، والنقد والأوراق التجارية المحولة إلى الدولة المضيفة للاستثمار. د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن عشر (الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة)، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ٢٨-٣٠ أبريل ٢٠٠٨، ص ٨٠٥. راجع أيضًا: الفقرة السادسة من المادة الأولى من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://bit.escwa.org.lb/Uploaded-Files/Workshops/Multilateral-Agreements-and-Instruments/Unified-Agreement-for-the-Investments-of-Arab-Capi.aspx>

لها رأس المال المستثمر بداية من عدم تحقيق الربح وانتهاء بفقدان كيانه^(٢). يأتي هذا في ظل سعي الدول النامية إلى جذب الاستثمارات بأشكالها المختلفة، بالنظر إلى أنها تعد من أهم قاطرات التنمية التي تعتمد عليها هذه الدول، بعد أن ثبت لها أن الادخار الوطني وما تدره الثروات الطبيعية من دخل عاجز عن الوفاء بالحاجات المتعاضمة اللازمة لتحقيق الأهداف التنموية للدولة^(٣). بالإضافة إلى قدرة الاستثمارات على جذب رؤوس الأموال الأجنبية للقيام بالمشروعات التنموية، بما يسهم في تشغيل العمالة وزيادة الدخل، وتنشيط حركة التجارة. أيضًا تنظم الاستفادة من بعض الخبرات والكفاءات الأجنبية التي تقتقر إليها غالبية الدول النامية، الأمر الذي يمكن هذه الدول من تحقيق الاستفادة المثلى لمواردها بمساعدة هذه الكفاءات^(٤).

٢- وتلعب عقود الاستثمار^(٥) دورًا محوريًا في هذا الصدد^(٦)، لكونها ترسم

(٢) د. السيد عليوه، تحليل مخاطر الاستثمار، مركز القاهرة للاستشارات- سلسلة دليل صنع القرار رقم (٤)، ١٩٩٨، ص ٧.

(٣) وعادة ما يسهم الاستثمار الناجح في تحقيق الأهداف التنموية للدولة، وذلك من خلال زيادة توزيع الدخل، وتشغيل العمالة، وفي إصلاح خلل ميزان المدفوعات، وقدرته على استجلاب التقنيات التكنولوجية التي تقتقر إليها القطاعات الاقتصادية في الدولة. د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١.

(٤) راجع في ذلك:

Client Brief, International Litigation & Arbitration Practice, Eren lawyer, 2005, p1; Lorenzo Cotula, Lorenzo, (august 2007). "Foreign investment contracts", IIED's Sustainable Markets Group, briefing4, p 1.

(٥) وتسمى هذه العقود بعقود التنمية الاقتصادية، وتسعى الدول إلى الاهتمام المتزايد بالتنظيم القانوني لهذه العقود، وتتبارى فيما بينها في وضع الضمانات المختلفة للمستثمر من خلال هذه العقود. وقد شهدت هذه العقود انتشارًا واسع النطاق، بسبب سرعة وازدهار التجارة الدولية، متمثلة في ازدياد حجم التبادل التجاري، واتساع نشاط الشركات متعددة الجنسيات. راجع في ذلك: د. ماجد حموي، أهمية التحكيم في عقود الاستثمار الدولية، مركز العدالة للتوفيق والتحكيم التجاري، ٢٠١٠، ص ٧.

- يعد الاستثمار وبحق من أكبر مصادر جلب الموارد التي لا يمكن تداولها تجاريًا في الدول النامية إلا بصورة منقوصة، خاصة التكنولوجيا وطرق الاستفادة منها، والخبرة الإدارية، والعمالة الماهرة، وأسماء العلامات التجارية، وذلك للوصول إلى شبكات الإنتاج الدولية ومن ثم النفاذ إلى الأسواق الكبرى، الأمر الذي يسهم بشكل كبير في تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة. كما يسهم الاستثمار في تنمية البنية التحتية في الدول النامية كالاتصالات والطرق والمطارات، ويسهم في تدريب الأيدي العاملة المحلية وفي تنمية وتطوير مختلف الصناعات التي تحتاجها الدولة. ولذلك فقد حرصت معظم الدول النامية اعترافًا منها بأهمية الدور الذي يلعبه الاستثمار على توفير ظروف مواتية ومشجعة

حدود علاقة ذات طبيعة خاصة، تجمع من ناحية بين المستثمر الذي يسعى إلى تحقيق أقصى نفع ممكن من وراء ما يقوم به من استثمارات، ويحرص في سبيل ذلك إلى التحصن بالضمانات المختلفة ضد مخاطر الاستثمار كافة، وبين الدولة من ناحية أخرى والتي تحرص على الاستفادة من القدرات الاستثمارية المختلفة للمستثمر، وتتمسك في الوقت ذاته بالحفاظ على مواردها وثروتها القومية، خاصة أن عقود الاستثمار تفقد الدولة السيطرة على هذه الموارد خلال مدة عقد الاستثمار.

ويأتي على رأس الضمانات التي يسعى المستثمر إلى التثبيت بها، اللجوء إلى الوسائل الدولية لفض المنازعات التي يمكن أن تثور بينه وبين الدولة المضيفة للمستثمر: (مثل اللجوء لمحكمة العدل الدولية، ومحكمة التحكيم الدائمة، ومحكمة الاستثمار العربية)، وذلك للابتعاد عن القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الذي يعتقد بصرف النظر عن صحة أو خطأ هذا الاعتقاد أنه مفتقر للضمانات التي تضمن له تسوية عادلة ومنصفة إذا ما عرضت عليه منازعة خاصة بهذا المستثمر، وخاصة أن غالبية هذه الدول يغيب عنها فكرة القضاء المتخصص الذي

للاستثمار في أراضيها وذلك من خلال إزالة كل الحواجز والعراقيل التي يمكن أن تعيق قدومه، وتوفير كل الحوافز والمغريات، وخلق المناخ الاستثماري المناسب والكافي لتدفقه. راجع: د. علي، غسان (٢٠١٠م)، "تساؤلات يثيرها شرط التحكيم المدرج في عقود الاستثمار"، مركز العدالة للتوفيق والتحكيم التجاري، مقالة متاحة على العنوان الإلكتروني التالي:

http://aladala.org/showstudies.php?sid=31#_ftn22

- ولقد زادت أهمية الاستثمار الأجنبي الخاص على أثر التغييرات الخطيرة التي طرأت على النظام المالي العالمي في أعقاب أزمة المديونية الخارجية خلال الثمانينات من القرن الماضي، حيث سعت الدول إلى جذب الموارد الأجنبية للاستعانة بها في تمويل مشاريعها للتصدي لبعض المشكلات الاقتصادية الملحة. وقد رأت الدول النامية أن من أفضل الوسائل التي يمكن الاعتماد عليها تعديل التشريعات الوطنية الحاكمة للاستثمار، خاصة فيما يتعلق بوسائل فض المنازعات، باعتباره من أهم الضمانات التي يعتمد عليها المستثمر. لمزيد من التفصيل راجع: د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن عشر (الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة)، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ما بين ٢٥-٢٧/٤/٢٠١٣، ص ٧٠١ وما بعدها.

(٦) راجع في ذلك: L. Mistelis, Investment arbitration and specialist arbitration, University of London Press, 2005, p17; Cotula, Lorenzo, (august 2007). "Foreign investment contracts", op .cit, p1.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

يدرك ويتفهم خصوصية فض منازعات عقود الاستثمار^(٧).

٣- ويعد التحكيم^(٨) من أهم الضمانات التي يتمسك بها المستثمر لفض المنازعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار^(٩)، والذي لا يرى بديلاً عنه، ولا يقبل حتى المساومة عليه بأي حال.

ويجب ألا يفهم من وصف التحكيم بالضمانة، أنه يعد الوسيلة النموذجية لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار^(١٠)، حيث تتوجس الدول المضيفة للاستثمار خيفة منه، بالنظر لتعلق هذه المنازعات بسيادة الدولة على مواردها الطبيعية، بما يجعلها حريصة على أن تقض هذه المنازعات أمام قضائها الوطني. يأتي هذا في الوقت

(٧) راجع في ذلك:

Client Brief, International Litigation & Arbitration Practice, Eren lawyer, op. cit, p1.

(٨) التحكيم لغة من مادة "حكّم" بتشديد الكاف، وتعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، ويسمى "الحكم" بفتح الحاء والكاف أو "المحكم" بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة. ويقال حكم فلاناً أي جعله حكماً في الشيء والأمور. راجع: المعجم الوجيز، مادة حكم، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، (طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم)، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، ص ١٦٥. ويعرف في الاصطلاح القانوني بأنه عبارة عن: "نظام لتسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم. راجع: د. محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ٢٨-٣٠ أبريل ٢٠٠٨، ص ١٥. عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة (١٠) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه " اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية.

(٩) ويفضل التحكيم على غيره من الوسائل الأخرى لفض منازعات الاستثمار، حيث تقل أهمية اللجوء لمحكمة العدل الدولية في نظر المستثمر، باعتبار أن اللجوء إليها مقصور فقط على الدول، وذلك وفقاً للمادة (٣٤) من نظامها الأساسي، ومن ثم لا يكون للمستثمر الحق في التمثول أمامها بصفته الفردية. وأيضاً محكمة التحكيم الدائمة، حيث ظل اللجوء إليها قاصراً على الدول فقط لفترة زمنية طويلة، ثم سمح بعد ذلك للمستثمر باللجوء إليها مباشرة، لكن كان هذا الأمر مقيداً بضرورة أن تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته طرفاً في اتفاقية إنشاء المحكمة عام ١٩٠٧، الأمر الذي جعل من المتعذر على غالبية المستثمرين اللجوء لهذه المحكمة. أما عن محكمة الاستثمار العربية مما يؤخذ عليها أنها قصرت اللجوء إليها فقط على المستثمر العربي، الأمر الذي لا يجوز معه لأي دولة عربية أن تلجأ للمحكمة بصفقتها هذه، كما لا يحق لأي مستثمر غير عربي اللجوء إليها. وبناء عليه يمكن القول بعدم وجود هيئة قضائية دولية مختصة بمنازعات الاستثمار.

(١٠) ويلاحظ أن مفهوم منازعات الاستثمار لا تقتصر فقط على تلك التي تنور من عقد الاستثمار فقط، ولكنها تشمل أيضاً المنازعات التي يمكن أن تنور من التراخيص الصادرة من الدولة المضيفة، وأيضاً الناشئة عن تطبيق الاتفاقيات الدولية للاستثمار. د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، هامش ص ٦.

الذي تتحاز فيه هيئات التحكيم المختلفة بشكل واضح إلى مصالح المستثمر على حساب مصالح الدولة المضيفة، فقد ظهرت في الآونة الأخيرة عدة توجهات سواء على الصعيد الوطني أو الدولي أسهمت في فرض بعض المفاهيم المخالفة للنظام العام للدول المضيفة، مثل الإفراط في تبني تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في كل ما يتعلق باتفاق التحكيم والإجراءات الخاصة به؛ من اختيار لغة التحكيم ومكانه، وجنسية المحكمين، والقانون الواجب التطبيق^(١١). بل زاد الأمر إفراطاً عندما لجأت هيئات التحكيم إلى الاستعانة بمفهوم النظام العام الدولي، وتفسيره وفقاً لما يحقق مصالح المستثمر حتى ولو بالمخالفة للأصول القانونية المستقرة^(١٢).

ورغم ذلك لا تستطيع الدول الساعية لجذب الاستثمارات أن تقاوم رغبة المستثمر في التمسك بالتحكيم باعتبارها ضمانة لا يتنازل عنها بأي حال^(١٣).

٤ - أهمية الدراسة:

تتطلب أهمية هذه الدراسة من أن التقلبات السياسية والاقتصادية التي اجتاحت العديد من دول العالم في الآونة الأخيرة (سواء بسبب الأزمة المالية العالمية أو بسبب الثورات العربية) كشفت عن وجود نوع من انعدام التوازن الاقتصادي في

(١١) وتبدو خطورة هذا الأمر أن المستثمر غالباً ما يختار لغة دولته كلغة التحكيم، أو على الأقل ألا تكون لغة دولة الاستثمار هي اللغة المتبعة، ويتعلل المستثمر ذلك بأن لغة دولة الاستثمار ليست من اللغات المعتمدة عالمياً في مجال التجارة الدولية. ويستتبع اختيار لغة التحكيم اختيار محكمين يستطيعون التعامل مع هذه اللغة، والذين غالباً لا يجيدون لغة دولة الاستثمار. كما أن المستثمر غالباً ما يختار قانوناً غير قانون دولة الاستثمار، وذلك بحجة عدم تناسب هذا القانون مع مستجدات الحياة التجارية المعاصرة. د. لافي محمد داردكة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨، ص ١٣٧٣.

(١٢) راجع في ذلك: د. ماجد حموي، أهمية التحكيم في عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص ٩: د. لافي محمد داردكة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٣٦٦.

(١٣) د. لافي محمد داردكة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٣٤٧.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

كثير من عقود الاستثمار، الأمر الذي أثار حفيظة العديد من الدول، التي شعرت بأن هذه العقود بما تتضمنه من شروط وبنود أصبحت تشكل عبئاً ثقيلاً عليها، وتمثل استنزافاً خطيراً لمواردها وثرواتها، بما جعل هذه الدول تنتفض ذعراً بحثاً عن آلية لتعديل هذه العقود بما يتناسب مع المستجدات السياسية والاقتصادية، خاصة أن التحكيم هو الوسيلة المتفق عليها لفض المنازعات كافة الخاصة بهذه العقود.

وتلجأ الدول على إثر شعورها باستنزاف مواردها من ناحية وعدم رغبتها في اللجوء للتحكيم لفض المنازعة من ناحية أخرى إلى تأميم مشروع المستثمر. ولا تملك هيئة التحكيم إذا ما عرض عليها النزاع بعد صدور القرار سوى أن تقضى للمستثمر بالتعويض^(١٤).

والجدير بالذكر أن هذا الحل يمثل تسوية غير عادلة تؤثر بالسلب في أطراف العلاقة، خاصة الدولة المضيفة للاستثمار، حيث يحرص طرفا العلاقة في الغالب على استمرار العقد، بالنظر إلى أن كليهما يحتاج إلى الآخر، كما أن إقصاء المشروع الاستثماري أمر ليس بالبسيط، وذلك بالنظر إلى ضخامة حجم رؤوس الأموال المستثمرة فيه، وأن ما حدث من اختلال في توازن هذا العقد يتطلب فقط التعامل معه معاملة خاصة من هيئة التحكيم المنوط بها حل النزاع، للتغلب على

(١٤) والجدير بالذكر أن الحديث عن دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار أمر ليس بالحديث، حيث ظهرت أهمية هذا الموضوع في الفترة ما بين ١٩٥٠ إلى ١٩٦٠، وذلك على إثر انتهاء الاستعمار في العديد من الدول. حيث كانت الدول الاستعمارية تلجأ لاستنزاف موارد الشعوب المستعمرة من خلال منح شركاتها ورعاياها امتيازات مفرطة لاستغلال الموارد الطبيعية للدول التي يستعمرونها، فلجأت هذه الدول في سبيل استعادة سيادتها على مواردها إلى فسخ هذه العقود أو تأميم هذه المشروعات، فكانت هذه المنازعات يتم فضها من خلال التحكيم.

- ولعل كثرة عدد قضايا التحكيم في ذلك الوقت لهذا السبب كانت الدافع الرئيس لإبرام اتفاقية نيويورك للتحكيم الدولي ١٩٥٨، ثم قواعد الأونسيترال ١٩٧٦، كما بادر العديد من الدول إلى إصدار تشريعات الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI)، كما دخل العديد من الدول في اتفاقيات تحكيم ثنائية الأطراف والتي حرصت على تنظيم اللجوء للتحكيم لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود، حيث يحرص المستثمرون عند إبرام عقد الاستثمار مع الدول المضيفة على التمسك بتطبيق أحكام هذه الاتفاقيات. راجع في ذلك: Luke Nottage – Kate Miles, Back to the Future” for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, Journal of International Arbitration, 2009, p 27.

مشاكله، ومن ثم بقاء العلاقة قائمة.

وتتجلى أهمية دور هيئة التحكيم دون غيرها من وسائل فض المنازعات في تمتعها بقدرات خاصة على تفهم طبيعة عقد الاستثمار، وكيفية استرجاع توازنه المفقود، وذلك بفضل ما يسمح به تشكيل هذه الهيئات من وجود عناصر فنية مؤهلة للتعامل مع هذه العقود. وإن كان هذا الدور يتوقف على الصياغة التي تم من خلالها تنظيم سلطة هيئة التحكيم في عقد الاستثمار.

٥ - إشكالية الدراسة:

لما كان التحكيم هو الوسيلة التي لا غني عنها للمستثمر، والتي لا تتمكن الدولة المضيفة للاستثمار في غالبية الأحوال من حرمانه منها وهو ما تشهد به عقود الاستثمار صراحة، كانت هذه الدراسة لمواجهة إشكالية محددة، تتمثل في كيفية تطويع هذه الوسيلة للاستفادة منها قدر الإمكان لمواجهة حالات اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، خاصة في ظل حرص المستثمر على تحصين شرط التحكيم في هذه العقود بشروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس وعدم القابلية للتفاوض.

وعلى صعيد آخر يثور التساؤل حول الضمانات التي يمكن للدولة المضيفة للاستثمار أن تستعين بها خاصة عند الاتفاق على التحكيم حتى تتمكن من تجنب شطط هيئات التحكيم عند نظر منازعات الاستثمار، والتي غالباً ما تظهر في صورة اختلال للتوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار؟

٦ - خطة الدراسة:

مقدمة:

الفصل الأول: ضمانات تفعيل دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار.

المبحث الأول: ضوابط صياغة اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

مطلب أول: ضرورة موافقة السلطة المختصة قبل الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار.

مطلب ثان: اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار من خلال مشاركة تحكيم.

مطلب ثالث: تحديد مشروعات الاستثمار التي يجوز فيها التحكيم.

المبحث الثاني: استقلالية شرط التحكيم في عقد الاستثمار

مطلب أول: مضمون مبدأ استقلالية شرط التحكيم في عقد الاستثمار.

مطلب ثان: الآثار المترتبة على استقلالية شرط التحكيم في عقد الاستثمار.

المبحث الثالث: اعتبار شرط التحكيم من شروط الثبات التشريعي أو عدم

المساس

مطلب أول: المقصود بشرطي الثبات التشريعي وعدم المساس في عقود

الاستثمار.

مطلب ثان: مدى صحة اعتبار شرط التحكيم في عقد الاستثمار من شروط

الثبات التشريعي أو عدم المساس.

مطلب ثالث: دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار

على إثر مخالفة شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس.

الفصل الثاني: التحكيم ومواجهة اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار

المبحث الأول: دور التحكيم في مواجهة حالات القوة القاهرة لعقد الاستثمار

مطلب أول: خصوصية التحكيم في مواجهة حالات القوة القاهرة لعقد الاستثمار:

مطلب ثان: مدى اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في آثار القوة القاهرة:

المبحث الثاني: دور التحكيم في حالات تغير ظروف عقد الاستثمار

مطلب أول: شرط إعادة التفاوض والمصالح المتضاربة لأطراف العقد:

مطلب ثان: الأثر القانوني لشروط إعادة التفاوض والثبات العقدي:

مطلب ثالث: دور التحكيم في إعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار:

المبحث الثالث: ذاتية التعويض المستحق على إثر اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار.

مطلب أول: طبيعة التعويض المستحق لاستعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار.

مطلب ثان: كيفية تقدير التعويض المستحق في حال اختلال توازن عقد الاستثمار.

مطلب ثالث: دور التحكيم في تفعيل الالتزام بتخفيف الضرر في عقود الاستثمار:

مبحث تمهيدي عقود الاستثمار وخصوصية دور التحكيم في حفظ توازنها الاقتصادي

تقتضي هذه الدراسة التمهيد لها من خلال بيان ماهية عقد الاستثمار وبيان المقصود باختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، وخصوصية دور التحكيم في مواجهة هذا الاختلال، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول ماهية عقود الاستثمار وطبيعة اختلال توازنها الاقتصادي

٧- يعرف عقد الاستثمار بأنه اتفاق يبرم بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار^(١٥) بغرض تنظيم استغلال مشروع معين^(١٦).

(١٥) يعرف المستثمر بأنه: الشخص الذي يقدم مساهمات (رأس المال - تكنولوجيا، وغيرها ...) بهدف استغلال مشروع ما، مع تحمل المخاطر الناجمة عن ذلك. وتعرف الدولة المضيفة للاستثمار بأنها الدولة التي يتم الاستثمار على أراضيها وبخصوص مواردها، حيث تمثل الدولة في التعاقد على هذه الاستثمارات السلطة التنفيذية، أو إحدى الشركات المملوكة لهذه الدولة.

(١٦) راجع: Cotula, Lorenzo, (august 2007). "Foreign investment contracts", op. cit, p1; - ومن أهم صور عقود الاستثمار عقد الأشغال العامة، والذي يعرف بأنه عبارة عن اتفاق يتم بين الإدارة وشخص ما - في الغالب أحد المقاولين - وذلك لتنفيذ عمل معين كالقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب الإدارة، وذلك من أجل المنفعة العامة، وذلك مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه بحسب الأسس الموضحة بالتعاقد. أيضاً عقد الامتياز البترولي، والذي يعرف بأنه عبارة عن: أحد صور عقود البترول، حيث تمنح الدولة الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

ومن أهم صور المشروعات التي يجري فيها الاستثمار المشروعات التالية^(١٧):

- استغلال أحد الموارد الطبيعية المملوكة للدولة مثل الاستكشاف والاستخراج والتكرير والنقل والتوزيع أو البيع.
- تقديم خدمات للجمهور بالنيابة عن الحكومة مثل توليد الكهرباء أو توزيعها أو معالجة المياه أو توزيع الاتصالات السلكية أو اللاسلكية.
- تنفيذ مشروعات البنية التحتية، مثل بناء الطرق والكباري والجسور والقنوات والسدود وخطوط الأنابيب التي لا يقتصر الاستفادة من خدماتها على الدولة.

٨- وتتمتع عقود الاستثمار ببعض الخصائص التي تميزها، والتي تمتد بظلالها على مجريات العملية التحكيمية في أثناء نظر المنازعات الخاصة بهذه العقود، وهي^(١٨):

الأول/ إن تنفيذ عقود الاستثمار عادة ما يستغرق مدداً زمنية طويلة، الأمر الذي قد يهدد ثبات واستقرار شروط هذا العقد، خاصة في ظل التقلبات الاقتصادية السريعة والمتلاحقة على الصعيدين الوطني والدولي.

الثاني/ إن هذه العقود غالباً ما ترد على استغلال إحدى الثروات الطبيعية (كالبترو)، أو إدارة أحد المرافق العامة للدولة المضيفة للاستثمار، الأمر الذي

والتقيب عن المواد البترولية الكامنة في إقليمها، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول الدولة على فرائض مالية معينة. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ١١٢.

(١٧) راجع: Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, the op. cit, p 4; Investor -state disputes arising from investment treaties : A review, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development United nations, 2005, p15; Paul E Mason and Mauricio Gomm-Santos, New Keys to Arbitration in Latin-America, Journal of International Arbitration, 2008, p 53.

(١٨) راجع في ذلك:

Mato, Hadiza Tijjani, The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements, Journal of Politics and Law, Vol. 5, No. 1, 2012; p33.

يفرض على الدولة ضرورة التحصن ببعض الامتيازات في مواجهة المستثمر لضمان تحقيق سياسات التنمية الاقتصادية وتجنب شططه في استغلال ثروات الدولة، لكن الواقع العملي يظهر أن الدول تتبارى في تقديم التسهيلات والإعفاءات للمستثمرين لتشجيعهم على القيام بعملياتهم الاستثمارية، وذلك على النحو الذي يجعل سلطات الدولة في مواجهة المستثمر محدودة، الأمر الذي يجعل القدرة التفاوضية للدولة في حالات اختلال التوازن الاقتصادي محدودة^(١٩).

الثالث/ إن ارتباط عقود الاستثمار باستغلال الموارد الطبيعية للدولة من ناحية، وسعى الدولة للظهور بوصفها صاحبة سيادة في كثير من الحالات من ناحية أخرى، جعل كثيراً من قواعد التحكيم لا تتناسب مع المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وتسبب الأمر في طرح العديد من الإشكاليات القانونية الجديدة ذات صبغة اقتصادية وسياسية، والتي كانت محل جدل في الأوساط القانونية المختلفة. وعلى صعيد متصل تسبب وجود الدولة بوصفها طرفاً في هذه العقود في هيمنة الشفافية على مجريات التحكيم^(٢٠)، وذلك على خلاف ما عليه الحال في منازعات التحكيم التجاري الأخرى، والتي يغلب عليها السرية.

الرابع/ إن المنازعات الخاصة بعقود الاستثمار لا يطبق عليها فقط قانون العقد، مثلها في ذلك مثل عقود التجارة الدولية، ولكن يسري عليها القواعد العامة لقانون التجارة الدولية، بالإضافة للعادات التجارية السائدة، الأمر الذي يعكس

(١٩) راجع: Cotula, Lorenzo, (august 2007). "Foreign investment contracts", op. cit, p2. ومثال على ذلك أن المركز الدولي لمنازعات الاستثمار (ICSID) سعى في عام ٢٠٠٦ إلى تعديل بعض قواعده التحكيمية بما يتناسب مع طبيعة منازعات الاستثمار، حيث فعل مبادئ الشفافية في نظر هذه المنازعات، فقد جاء في القاعدة رقم (٣٢) من قواعد المركز، أن من حق كل من يريد حضور جلسات المنازعات أن يحضر للاستماع إذا ما رضيت الأطراف بذلك. أيضاً سمحت القاعدة (٣٧) للمحكمين أن يعطوا ملخصاً عن الدعوى بعد استشارة الأطراف بذلك.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, available at: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Rules_Home

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

خصوصية التحكيم في هذه العقود^(٢١).

ويلاحظ أن عقود الاستثمار عادة ما تكون الدولة طرفاً مناظراً للمستثمر فيها، لكن هذا لا يمنع من أن تبرم هذه العقود بين الشركات الخاصة القائمة في الدولة المضيفة للاستثمار، أو أية هيئات خاضعة لرقابة الدولة والمستثمر، أو حتى الدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الخاص والمستثمر، خاصة بعد سيطرة الفكر الرأسمالي على غالبية دول العالم، وتتبي برامج الخصخصة، والتي تحولت على أثرها ملكية القطاع العام إلى ملكية خاصة.

٩- ويبدو لنا ضرورة لفت الانتباه إلى أننا لا نرى اعتبار عقد الاستثمار من قبيل العقود الإدارية لمجرد وجود الدولة طرفاً في هذا العقد، وذلك للأسباب التالية:

١- إن العبرة في تحديد طبيعة العقد ليس بصفة أطرافه، ولكن بالوسائل المتبعة في إبرامه، فالدولة إذا ما اعتمدت في إبرام العقد على وسائل القانون العام يعتبر العقد إدارياً، أما إذا اعتمدت على وسائل القانون الخاص، فيعد العقد من العقود الخاصة^(٢٢).

٢- إنه حتى في العقود التي تكون فيها الدولة طرفاً، فهي غالباً ما تتجرد من سلطاتها السيادية الاستثنائية في مواجهة المستثمر^(٢٣)، وذلك بغية استرضائه، والإفراط في المزايا التي تمنح له^(٢٤)، الأمر الذي ينفي الصفة الإدارية عن العقد، لخلوه في

(٢١) راجع في ذلك:

Luke Nottage – Kate Miles, "Back to the Future" for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit, p 30.

(٢٢) د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف - الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٤٨٠.

(٢٣) وقد جاء تطبيقاً لذلك حكم التحكيم الصادر في قضية Texacol Calasiatic بين الحكومة الليبية وشركتي البترول الأمريكيتين بتاريخ ١٩ يناير ١٩٧٧، حيث جاء فيه "بأن شروط الثبات التشريعي الواردة في العقد المبرم بين الحكومة الليبية وشركتي البترول الأمريكيتين تعتبر بمثابة نفي للطابع الإداري لهذا العقد، حيث إنها تخل بأحد العناصر الجوهرية في هذا العقد، وهو عدم المساواة بين أطرافه، على أثر تنازل الدولة عن سلطاتها الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها".

Texaco-Calasiatic c. Libye, 1977, Journal du droit international, 1977, p 350

(٢٤) فقد تبين من خلال مطالعة العديد من عقود الاستثمار أنها قد منحت المستثمر الأجنبي العديد

الغالب من الشروط الاستثنائية^(٢٥) التي تعد من أهم ما يميز العقد الإداري.

٣- إن برامج الخصخصة التي تبنتها الدولة منذ فترة، قللت كثيرًا من سيطرة الدولة على إدارة العديد من مواردها الطبيعية لصالح أشخاص القانون الخاص، حيث أصبحت هذه الموارد تدار من الشركات الخاصة^(٢٦)، الأمر الذي يقلص من

من المزايا التي يصعب معه القول بأن الدولة محتفظة بمظاهر السيادة التي تجعل العقد يوصف بأنه عقد إداري. فقد يشترط المستثمر الحق في استخدام الأجانب فقط في تنفيذ المشروع الاستثماري، وذلك كما جاء في المادة (٢٢) من عقد الاستثمار المبرم بين المملكة العربية السعودية والشركة العربية الأمريكية للبترول (أرامكو) في عام ١٩٣٣ أن من "يدير المشروع المنصوص عليه في هذه الاتفاقية ويراقبه أشخاص أمريكيون، وهم يستخدمون على قدر الإمكان رعايا الحكومة العربية السعودية". كما قد يشترط المستثمر الحصول على الإعفاء الجمركي، من خلال تمكنه من استيراد جميع الآلات والأجهزة التي يحتاج إليها لتنفيذ المشروع الاستثماري من الخارج مع إعفائها من الضرائب والرسوم كافة، وأيضًا إعفاء المنتجات التي قامت بإنتاجها عند التصدير من الضرائب والرسوم المستحقة، وعندما تقوم ببيع ما أنتجته في الدولة المضيفة للاستثمار فإنها تقوم ببيعها محملة بالضرائب والرسوم، ومثال على ذلك ما نصت عليه المادة (٢٤) من العقد المبرم بين الحكومة السعودية وشركة البترول الفرنسية "أكسبراب" من أنه "يجوز للشركة في كافة الأوقات وأثناء قيام هذه الاتفاقية أن تستورد بدون رسوم جمركية وقنصلية وغيرها من ضرائب الاستيراد والمبيعات أو الإنتاج أو الاستعمال، أو أية ضريبة غير مباشرة جميع السلع التي قد تحتاج إليها الشركة في إدارة عملياتها، وفي تنفيذ التزاماتها المفروضة عليها، وإذا حدث بعد وقامت الشركة ببيع السلع المعفاة إلى مشتر لا يستحق هذا الإعفاء وجب دفع هذه الرسوم، كما يجوز تصدير البترول وأي مستخرج آخر من مستخرجاته دون دفع رسوم أو ضرائب أو أية مكوس مماثلة ودون رخصة تصدير، أو قيد من أي نوع كان" كما يمكن المستثمر في كثير من الأحيان من الحصول على حق يجيز له إنهاء العقد قبل نهاية مدته المقررة، ومثال على ذلك ما نصت عليه المادة (٤٦) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة فليبس للبترول عام ١٩٦٣ من أنه "يجوز للمؤسسة وشركة فليبس أو لأي منهما التخلي في أي وقت عن حقوقها ومصالحها بشرط أن تخطر الحكومة كتابة بذلك قبل التخلي بسنة واحدة على الأقل". راجع د. سراح حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٨، ص ٩١ وما بعدها.

(٢٥) وقد حددت المحكمة الإدارية العليا بمصر المقصود بالشروط الاستثنائية بأنها عبارة عن: "الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع المتعاقد معها، وذلك بتحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق الدولة، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص" راجع: حكم الإدارية العليا، جلسة ٢٤/١١/١٩٩٥، مجموعة الأحكام، ص ٤٠.

(٢٦) ففي فرنسا نص القانون رقم ٩٧٦ لسنة ١٩٤٨ بمناسبة إنشاء شركة Air France على سريان قانون الشركات التجارية عليها، وذلك فيما لا يتعارض مع ما ورد في هذا القانون من أحكام. بل أن المشرع الفرنسي عاد وأكد هذا الأمر عندما أصدر القانون رقم ٦٦٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن تحويل مشروع France Telecom إلى شركة مساهمة. وفي مصر وبخصوص تحويل الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إلى شركة مساهمة، نص القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه: "تكون للشركة الشخصية الاعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون الخاص، ويسري عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص في أحكام هذا القانون، أحكام كل من قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

نطاق فكرة العقد الإداري بخصوص عقود الاستثمار.

لذلك يبدو لنا عدم اعتبار عقد الاستثمار من قبيل العقود الإدارية كأصل عام، وإنما هو عقد تجاري، وذلك بالنظر إلى موضوع نشاط هذا العقد، والتي هي أنشطة تجارية بحتة.

ويُستشهد على ذلك بالعقد الذي أبرمته هيئة الكهرباء المصرية مع إحدى الشركات الأجنبية لإنشاء محطة لتوليد الكهرباء، حيث جاء في نص المادة (٤/١٨) من هذا العقد على أنه: "توافق الهيئة موافقة مشروطة وغير قابلة للإلغاء على أن يدخل تحرير هذا الاتفاق وتسليمه وتنفيذه ضمن برنامج الضمان والذي يعتبر تصرف خاص وتجاري"^(٢٧).

وعبارة تصرف تجاري تفصح بما لا يدع مجالاً للشك أن عقد الاستثمار هو في الغالب عقد تجاري.

من ناحية أخرى يجب ملاحظة أن التحكيم الذي يتم في عقود الاستثمار يعد تحكيمياً تجارياً، فوفقاً لنص المادة (٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤: "يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية".

وقد تبع هذا التعريف ذكر لبعض الأمثلة على العلاقات ذات الطابع الاقتصادي، حيث تشمل على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها، ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية

(٢٧) د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٨.

البيئة وإقامة المفاعلات النووية".

ولعل النص السابق كان أوسع نطاقاً بالمقارنة بالفقرتين (١)، (٢) من المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم المعدل سنة ٢٠٠٦^(٢٨)، والذي استخدم عبارة المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية، رغم أن عبارة العلاقات الاقتصادية أوسع نطاقاً. وإن كان مما يحمد للنصين السابقين أن كليهما عدد بعض صور المعاملات التي يجوز فيها التحكيم، وذكر الاستثمار من بينها، الأمر الذي يؤكد أن التحكيم في منازعات الاستثمار تحكيم تجاري.

وبعد بيان الطبيعة التجارية لعقد الاستثمار، تبدو أهمية التعرض لمسألة مهمة تثير خلافاً شديداً، وتفتح أبواباً من التأويلات غير المقنعة من هيئات التحكيم الدولية، وهي مسألة مدى اعتبار عقد الاستثمار عقداً دولياً من عدمه، حيث لجأ الكثير من هيئات التحكيم الدولية إلى تدويل عقد الاستثمار بغية إفلاته من ربطة القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، وإخضاعه من ثم لمبادئ القانون الدولي بغية الإفراط في حماية المستثمر الأجنبي، حتى ولو كان على حساب طبيعة العقد، وما تم الاتفاق عليه بين أطرافه^(٢٩).

فقد ذهب جانب من الفقه^(٣٠) إلى القول بأن عقد الاستثمار يعد من قبيل العقود شبه الدولية Semi- international ، وهي عقود يبرمها أشخاص القانون الدولي مع الأفراد والهيئات الأجنبية العامة أو الخاصة، ويرى هذا الاتجاه أن هذه العقود تخضع للقانون الدولي، وذلك للأسباب التالية:

(٢٨) راجع: قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ والمعدل عام ٢٠٠٦، منشورات الأمم المتحدة، (Sales No. A.08.V.4).

(٢٩) راجع:

Texaco-Calasiatic c. Libye, 1977, Journal du droit international, 1977, p 350; Ad hoc Arbitral Tribunal, The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company, 24 March 1982 – arbitral award, p2.

(٣٠) راجع هذا الرأي لدى: د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧١٩.

١- أن المستثمر يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، التي تجعله صالحاً لاكتساب الحقوق والالتزامات الدولية.

٢- أن عقد الاستثمار يعطي للدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها الحلول محله في مطالبة الدولة المضيفة للاستثمار بحقوقه استناداً لقواعد الحماية الدبلوماسية.

٣- أن هذه العقود تتضمن في الغالب شرطاً يقتضي تفسيره طبقاً لقواعد القانون الدولي، يعرف باسم "شرط الدولية".

وقد وجه لهذا الرأي نقد شديد من فريق من الفقه - بحق - وذلك بالقول بأن عقد الاستثمار لا يعد عقداً دولياً بل هو عقد داخلي يخضع للقوانين الوطنية، سواء للدولة المضيفة للاستثمار أو لقانون دولة المستثمر، وقد أسس هذا الاتجاه موقفه على ما يلي^(٣١):

١- إن المستثمر لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، حيث إن هذه الشخصية قاصرة فقط على الدول والمنظمات الدولية. فالأفراد لا يخاطبون بأحكام القانون الدولي.

٢- إن قواعد الحماية الدبلوماسية ليس من شأنها إضفاء الصفة الدولية على عقود الاستثمار، وذلك لأن هذه القواعد تخضع للسلطة التقديرية للدولة وهي بصدد حماية رعاياها سياسياً، ومن ثم لا تصلح أن تكون أساساً تبنى عليه القواعد القانونية.

٣- إن عقد الاستثمار ليس من العقود التقليدية، حيث يصعب من الناحية العملية تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على مجرياته كافة، كما أنه لا يمكن بقاءه جامداً وثابتاً من الناحية الزمنية دون تعديله على إثر تغير ظروف إبرامه. ومن ثم وجب التعامل بمرونة مع فكرة القوة الملزمة لهذا العقد، حتى لا يعطى لأحد الأطراف

(٣١) المرجع السابق، ص ٧٢٠.

الفرصة لأن يجني الآثار النافعة ويرفض التفاوض في حال تغير ظروف إبرام العقد. لذلك يعد من أكثر الوسائل التي يمكن من خلالها تفادي مثل هذه المشاكل خضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وليس للقانون الدولي.

هذا وقد لقي هذا الاتجاه دعماً من بعض أحكام التحكيم، وكان من أبرزها حكم التحكيم الصادر في النزاع بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو الأمريكية، حيث قضت هيئة التحكيم بأن الاتفاق المبرم عام ١٩٣٣ لم يكن مبرماً بين دولتين، ولكنه أبرم بين الدولة السعودية والشركة الأمريكية، ومن ثم لا مجال لتطبيق أحكام القانون الدولي على هذا الاتفاق^(٣٢).

والأمر على هذا النحو يدعونا إلى توجيه التحذير للدولة وهي بصدد إبرام عقد الاستثمار أو بصدد نظر أي منازعة خاصة به أمام إحدى هيئات التحكيم، إلى ضرورة رفض فكرة تدويل هذا العقد، وذلك لغياب الأساس القانوني والمنطقي لتدعيم هذه الفكرة، والتي جرت عادة هيئات التحكيم على الترويج لها رغبة في استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، رغم اتفاق أطراف العقد صراحة على أنه القانون الواجب التطبيق. من ناحية أخرى تدويل عقد الاستثمار من شأنه أن يتسبب في اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، حيث إنه سوف يفضي إلى حدوث نتائج غير متوقعة وقت إبرام العقد، وخارج حسابات أطرافه الاقتصادية، لذلك نحن نرى أن عقد الاستثمار عقد داخلي يخضع للقانون الوطني، سواء قانون دولة الاستثمار أو قانون المستثمر، بحسب ما يتم الاتفاق عليه بين الأطراف. كما يجب عدم السماح لهيئة التحكيم وهي بصدد تفسير العقد أن تؤوله بما يسمح باعتباره عقداً دولياً، ومن ثم تطبيق أحكام القانون الدولي، كأن تذهب مثلاً إلى القول بأن إرادة الأطراف انصرفت ضمناً لتطبيق أحكام هذا القانون، حيث من

(32) Saudi Arabia v Arabian American Oil Company, Award of 23 August 1958 (1963) 27 ILR 117.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

الثابت كما يري جانب من الفقه^(٣٣) أن القانون الدولي هو الذي يتولى تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكامه، ولا يجوز للأشخاص الخاصة أن تقرر لنفسها بذلك بإرادتها المنفردة ، وذلك كما هي الحال بالنسبة إلى الأشخاص من غير التجار، حيث لا يجوز مخاطبتهم بأحكام التجار لمجرد أنهم أضفوا على أنفسهم هذا الوصف. لذلك يفضل أن تحرص الدولة على النص صراحة في عقد الاستثمار من قبل أطرافه على استبعاد أحكام القانون الدولي، لعلق باب التأويل في هذا المجال.

يعرف اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار بأنه عبارة عن تأثر المنافع الاقتصادية لأطراف العقد، على إثر وقوع حادثة استثنائية غير متوقعة لا يمكن دفعها، من شأنه جعل تنفيذ العقد مرهقاً أو مستحيلاً لأحد الأطراف أو كليهما^(٣٤).

وتصنف المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المشروع الاستثماري إلى نوعين: النوع الأول، مخاطر تجارية ناجمة عن ممارسة المشروع الاستثماري لنشاطه التجاري، كالأضرار الناشئة عن أعمال المنافسة غير المشروعة، أو حدوث احتلال في قوى العرض والطلب. أما النوع الثاني، فهو مخاطر غير تجارية، وهي أضرار ناشئة عن عوامل غير تجارية، مثل الضرر الناشئ عن قيام الدولة المضيفة للاستثمار بالاستيلاء على ملكية المشروع لنزعه للمنفعة العامة، أو صدور حكم قضائي بمصادرته. ويمكن القول بأن النوع الأخير هو الذي يتسبب في حدوث الاختلال الاقتصادي لعقد الاستثمار^(٣٥).

ويبدو لنا اتساع مفهوم اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار ليشمل ليس فقط الظروف الطارئة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً، ولكن أيضاً

(٣٣) د. سراح حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ١٩٢.
(٣٤) قريب من هذا التعريف: د. محمد سالمين محمد العرياني، أثر تغير الظروف على تنفيذ عقود التجارة الدولية في القانون الإماراتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص ٩١.

(٣٥) د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨٠٨.

الحالات التي من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلًا، كحالات القوة القاهرة. ولعل الثورات التي اجتاحت قطاعاً عريضاً من الدول العربية والإفريقية أثرت بشكل واضح في التوازن الاقتصادي للعديد من عقود الاستثمار في هذه الدول، الأمر الذي دعا للتساؤل عن دور التحكيم في معالجة الاختلال الاقتصادي لهذه العقود على نحو يمكن معه استعادة التوازن لهذا العقد.

المطلب الثاني

خصوصية دور التحكيم في حفظ التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار

١٠- يظهر الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار على أحد صورتين: الأولى من خلال النص المسبق في متن عقد الاستثمار على فض ما يثور من نزاع بطريق التحكيم، فيما يعرف "بشرط التحكيم"، والثانية هو الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع لتسويته من خلال التحكيم، وذلك فيما يعرف "بمشارطة التحكيم". وقد شغل التحكيم بهذه الصور أهمية بالغة الأثر، وهو ما تشهد به عقود الاستثمار بأشكالها المختلفة (خاصة عقود البترول)^(٣٦)، والتي تواترت على تبني التحكيم كوسيلة لفض منازعاتها^(٣٧). وما تشهد به أروقة مراكز التحكيم على الصعيدين الدولي والإقليمي من منازعات من ناحية أخرى^(٣٨).

(٣٦) مثال على ذلك العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية وشركة استاندرد أويل كوريبوش (م) (٣١)، وأيضاً العقد المبرم بين العراق وشركة النفط التركية عام ١٩٥٢ بخصوص استغلال آبار البترول، أيضاً العقد بين الحكومة المصرية والشركة الانجليزية لحقوق البترول عام ١٩٤٨. يضاف لذلك العقود التي أعدتها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والتي توجب خضوع المنازعات بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار للتحكيم. د. عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، (دون دار نشر)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ص ٢٦٠.

(٣٧) راجع في ذلك: د. ماجد حموي، أهمية التحكيم في عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص ٩.

(٣٨) ويتوقع تزايد عدد منازعات التحكيم بين الدولة والمستثمرين، ففي عام ١٩٩٠، كان هناك عدد قليل من هذه المنازعات منظور أمام المركز الدولي لمنازعات الاستثمار (ICSID)، وبحلول عام ٢٠٠٨ بلغ عدد هذه المنازعات إلى حوالي ٢٥٠ منازعة تم الفصل فيها جميعاً، ويوجد حوالي نصف هذا العدد لا يزال منظوراً.

Luke Nottage – Kate Miles, Back to the Future” for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit, p 28;

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

وقد حرصت الدول الجاذبة للاستثمار على أثر تزايد انتقال رؤوس الأموال من دول الفائض إلى دول العجز، واعتماد خطط التنمية الاقتصادية لديها على الاستثمار على تبني الحوافز والضمانات اللازمة لجذب وتشجيع الاستثمارات إليها، مما دفعها إلى إصدار تشريعات تنظم التحكيم كأحد أهم هذه الضمانات، باعتباره الوسيلة التي تضمن فاعلية الضمانات الأخرى، حيث من خلالها سيتم إلزام الدولة باحترام تعهداتها بخصوص الضمانات الأخرى^(٣٩).

وعلى صعيد آخر سعت الدول المصدرة للاستثمار إلى حماية رعاياها المستثمرين، من خلال حرصها وهي بصدد تنظيم الأنشطة الاستثمارية المتبادلة مع الدول الأخرى على النص الصريح على الالتزام غير المشروط من الدولة المضيفة للاستثمار بعرض النزاع على التحكيم إذا ما عبر المستثمر عن رغبته في ذلك^(٤٠)، وذلك من أجل مواجهة الحالات التي يخلو فيها عقد الاستثمار من النص على شرط التحكيم، خاصة بعد أن تبين لها أن غالبية هذه الدول تقتصر إلى وجود قضاء وطني متخصص بنظر منازعات الاستثمار^(٤١). بل إن الاتفاقيات الحديثة الخاصة

أحمد المفتي، التحكيم في اتفاقيات استثمار البترول وخلافها، مقالة متاحة على العنوان الإلكتروني التالي: <http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=4821> ومن أهم محاكم وهيئات التحكيم المعنية بمنازعات الاستثمار:

- The London Court of International Arbitration (LCIA),
- International Council Commercial Arbitration (ICCA).
- The International Institute for Sustainable Development (IISD)
- International Chamber of Commerce (ICC).
- Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA),
- Japan Commercial Arbitration Association (JCAA).

(٣٩) راجع في ذلك:

Christopher R. Drahozal, Regulatory competition and the location of international arbitration proceedings, International Review of Law and Economics 24 (2004), p 371.

(٤٠) وقد تجسد هذا الأمر في الاتفاقية الموقعة بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، حيث نصت في المادة ٥/٩ تعطي كل من الدولتين المتعاقدين موافقتها غير المشروطة لعرض نزاع الاستثمار بغرض التسوية بواسطة تحكيم ملزم طبقاً لاختيار المستثمر بموجب الفقرة (١٣) و (ب) أو الاتفاق المتبادل لطرفي النزاع بموجب الفقرة (٣ ج). راجع هذه الاتفاقية على الموقع الإلكتروني التالي:

www.finance.gov.lb/NR/rdonlyres/...IDBC.../Kuwait.

(٤١) د. منى حسب الرسول، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن عشر: (الاستثمار بين التشريعات

بالاستثمار^(٤٢) وصل بها الحال إلى أن أسندت مهمة الفصل في منازعات الاستثمار بصورة مباشرة إلى التحكيم، وكأنها لم تعط الأطراف إمكانية الاختيار. من ناحية أخرى حرصت الدول المصدرة للاستثمار على إبرام الاتفاقيات ثنائية الأطراف (BIT)^(٤٣)، وذلك لضمان تسوية المنازعات التي يكون المستثمر فيها طرفاً من خلال التحكيم^(٤٤)، حيث تعد هذه الطريقة هي المثلى في مواجهة الدولة المستضيفة للاستثمار^(٤٥).

الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة)، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ما بين ٢٥-٢٧/٤/٢٠١٣، ص ١٤٢٧. (٤٢) راجع نص المادة (١/٢٥) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار:

" The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally".

(٤٣) تعرف اتفاقية الاستثمار ثنائية الأطراف بأنها عبارة عن "اتفاق ما بين دولتين يتم بموجبه تشجيع وتعزيز وحماية الاستثمارات المتبادلة بين البلدين، وعلى وجه الخصوص منح المستثمرين المنتمين لدولة من هذه الدول العديد من الضمانات عند الاستثمار لدى الدولة الأخرى". وقد عرف المجتمع الدولي هذه الاتفاقيات منذ زمن بعيد، وكانت أول اتفاقية تم توقيعها في ٢٥ نوفمبر ١٩٥٩ بين باكستان وألمانيا. وقد زاد عدد هذه الاتفاقيات بين الدول لتتجاوز ٢٥٠٠ اتفاقية استثمار ثنائية تشمل معظم دول العالم. وقد اهتمت منظمة الأمم المتحدة بتشجيع اتفاقيات الاستثمار الثنائية خاصة من جانب مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD).

(٤٤) راجع نماذج للاتفاقيات ثنائية الأطراف المتضمنة فض المنازعات بطريق التحكيم على العنوان الإلكتروني التالي:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewBilateral&reqFrom=Main>

(٤٥) وقد لجأت الدول إلى الاتفاقيات ثنائية الأطراف كوسيلة بديلة للتدخل الدبلوماسي، والذي كانت الدول تلجأ إليه لحقوق المستثمر، وعندما كانت تفشل الطرق الدبلوماسية في حماية مصالح المستثمر، كانت دولته تلجأ للتلويح بالقوة، حيث كانت دولة المستثمر تقوم بوضع سفنها الحربية قرابة سواحل الدولة المضيفة للاستثمار إلى أن يتم حل النزاع. د. لافي محمد داركه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٣٤٣.

- هذا وقد ظهر العديد من المبادرات التي سعت بقوة إلى تنظيم التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، كان أهمها المبادرة التي تبنّاها البنك الدولي للبناء والتعمير، والتي أسفرت عن وضع اتفاقية دولية تنظم التحكيم في عقود الاستثمار، عرفت باسم اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار لسنة ١٩٦٥. وبموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء أول مركز دولي للتحكيم لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، المعروف باسم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID). على صعيد متصل سعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة بتنظيم ما يعرف باسم قواعد اليونسفترال لسنة ١٩٧٦، كما وضعت أيضاً القانون النموذجي للتحكيم لسنة ١٩٨٥. وعلى صعيد الموقف العربي، فقد تم إبرام اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة ١٩٧١، واتفاقية

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

وقد جاء تطبيقاً لذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٥ من اتفاقية واشنطن للاستثمار الأجنبي على اختصاص مركز التحكيم بنظر المنازعات القانونية كافة الناشئة مباشرة عن عقد الاستثمار بين دولة متعاقدة ومواطن تابع لدولة متعاقدة أخرى، والتي وافقت الأطراف المتنازعة على فض منازعاتهم عن طريق المركز، متى ظهرت هذه الموافقة في صورة مكتوبة. كما أن غالبية الاتفاقيات الثنائية تسمح للمستثمر الأجنبي أن ينضم لاتفاق التحكيم طبقاً للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) تحت رعاية البنك الدولي^(٤٦).

١١- ويكتسب التحكيم بصفته وسيلة لفض منازعات الاستثمار خصوصيته في نظر المستثمر من عدة عوامل^(٤٧):

(أ) ضمان تسوية منازعات الاستثمار في ظل أقصى درجات الحياد، حيث يعرض النزاع على محكمين مختارين من أطراف النزاع، مما يغلق باب الشكوك حول وجود انحياز للدولة المضيفة في حال عرض النزاع على القضاء الوطني^(٤٨).

تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة ١٩٧٤، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ١٩٨٠، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية لسنة ٢٠٠١. د. لافي محمد دارديك، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٣٤٥.

(٤٦) راجع في ذلك: Luke Nottage – Kate Miles, Back to the Future” for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit., p 28.

(٤٧) د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١، ص ٦؛ د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٢٨١؛

Christopher R. Drahozal, Regulatory competition and the location of international arbitration proceedings, op.cit, 372; M.I.M. Aboul Enein, international commercial arbitration, Conference Preventing and Managing International Commercial Disputes Towards a EuroMed Alternative Dispute Resolution Infrastructure Rome – Italy, September 28th and 29th, 2007, p5; Paul E Mason and Mauricio Gomm - Santos, New Keys to Arbitration in Latin-America, Journal of International Arbitration, 2008, p 33 ; K. Noussia, Confidentiality in International Commercial arbitration, p 39, available at:

<http://springerlink.metapress.com/content/m22368r6254h7qn4/fulltext.html>

(٤٨) راجع في ذلك: LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge

أيضاً لا يشعر المستثمر بارتياح كامل بصدد خضوعه للقوانين الوطنية، التي يرى فيها غالباً عدم القدرة على مراعاة خصوصية منازعات الاستثمار، والتي تحتاج إلى أسلوب خاص للتعامل معها. يضاف لذلك ضعف القوة التفاوضية للمستثمر الأجنبي أمام القضاء الوطني بحكم طبيعة هذا القضاء الذي غالباً ما يفتقر إلى آليات التفاوض، التي تحتاج إليها منازعات الاستثمار بشدة.

(ب) ضمان تسوية المنازعات في ظل أقصى درجات السرية، حيث تتم إجراءات التحكيم في الغالب في ظل سرية تامة، بما يخدم اعتبارات الثقة التي يحرص المتنازعون على استمرارها رغم وجود الخلاف، الأمر الذي لا يراعى في حالة اللجوء للقضاء الوطني^(٤٩).

(ت) توفير ما تحتاجه منازعات الاستثمار من سرعة الفصل فيها، حيث إن عقود الاستثمار ترتبط في الغالب بجداول زمنية لتنفيذها^(٥٠)، وبالتالي إذا ما ثار بشأنها نزاع فإن الأمر يحتاج إلى سرعة البت فيه لمواصلة تنفيذ هذه العقود،

for state police powers? p942, available at:

<http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume31/issue3/Henry31U.Pa.J.Int'l.L.935>
(2010). pdf

(٤٩) هذا وإن كانت بعض مراكز التحكيم قد سعت إلى التقليل من اعتبارات سرية التحكيم لصالح إضفاء مزيد من الشفافية في منازعات الاستثمار، ومثال على ذلك أن المركز الدولي لمنازعات الاستثمار (ICSID) سعي في عام ٢٠٠٦ إلى تعديل بعض قواعده التحكيمية بما يتناسب مع طبيعة منازعات الاستثمار، حيث فعل مبادئ الشفافية في نظر هذه المنازعات، فقد جاء في القاعدة رقم (٣٢) من قواعد المركز، أن من حق كل من يريد حضور جلسات المنازعات أن يحضر للاستماع إذا ما رضيت الأطراف بذلك. أيضاً سمحت القاعدة (٣٧) للمحكمين أن يعطوا ملخصاً عن الدعوى بعد استشارة الأطراف بذلك.

Luke Nottage – Kate Miles, Back to the Future” for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit, p 30.

(٥٠) وقد حرصت التشريعات المختلفة على مراعاة هذا الأمر، حيث حددت مواعيد معينة يجب فصل النزاع خلالها، ولا تعرض اتفاق التحكيم للبطلان، فقد نصت المادة (١/٣٧) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ على " أن على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء الإجراءات، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على ألا تزيد على ستة أشهر ما لم ينفق الطرفان على مدة تزيد عن ذلك" أيضاً حدد قانون التحكيم المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٤ مدة اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وأيضاً قانون التحكيم السعودي رقم ٤٦ لسنة ١٤٠٣ هـ حدد مدة تسعين يوماً من تاريخ اعتماد وثيقة التحكيم.

خاصة أنها تقوم على استثمارات برؤوس أموال ضخمة^(٥١).

(ث) إن التحكيم بوصفه وسيلة لفض منازعات الاستثمار يستهدف إقامة العدل بين طرفي الخصومة، لكنه في الوقت ذاته يسعى إلى الحفاظ على السلام بينهم، حيث يغلب عليه الرغبة في تحقيق المصالحة، بعيداً عن فكرة "النأر الخاص" التي غالباً ما تكون سمة المنازعات التي ينظرها القضاء الوطني، خاصة في الحالات التي يتفق فيها الأفراد على التحكيم بالصلح، حيث يكون للمحكم سلطة البحث عن حل عادل ومنصف يتناسب مع طبيعة النزاع، حتى ولو اضطر إلى عدم الالتزام الحرفي بالقواعد القانونية واجبة التطبيق^(٥٢). يضاف لذلك أن التحكيم يعد تجسيداً حقيقياً لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يمكن لأطراف اتفاق التحكيم تنظيم مجريات العملية التحكيمية بما يحقق مصالحهم. وقد حرصت تشريعات التحكيم المختلفة على تطبيق هذا الأمر بصورة عملية، حيث تواترت على استخدام عبارة "ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك"، الأمر الذي دعا البعض لوصف تشريعات التحكيم بأنها نصوص مكملة لما يتم اتفاق الأطراف عليه^(٥٣).

(ج) توافر الخبرة والدراية بطبيعة منازعات الاستثمار، حيث يسمح تشكيل هيئة التحكيم بإدخال عناصر من ذوي الخبرة الفنية بشؤون الاستثمار، الأمر الذي ينعكس على واقعية أحكام التحكيم، وتحقيقها للتوازن المنشود.

(٥١) د. لافي محمد داردكة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٣٤٩.

(٥٢) راجع: د. محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٤٠. وقد أجاز قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة (٤/٣٩) لأطراف التحكيم الاتفاق على منح المحكم سلطة التفويض بالصلح بشرط الاتفاق الصريح بين الأطراف على ذلك. أيضاً أجاز العديد من التشريعات الدولية المعنية بالتحكيم تخويل هيئة التحكيم عدم التقيد بحرفية القوانين واجبة التطبيق على النزاع، والبحث عن حل منصف يلائم طبيعة النزاع، كما جاء في المادة (٣/١٧) من قواعد التحكيم بغرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٩٨، والمادة (٢/٣٣) من قواعد التحكيم الخاصة بلجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة ١٩٧٦.

(٥٣) د. لافي محمد داردكة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص ١٣٤٦.

لأجل هذه الأسباب وغيرها تأكد دور التحكيم كوسيلة يمكن من خلالها الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار.

وإدراكاً من هيئات ومراكز التحكيم لخصوصية منازعات الاستثمار فقد أصدرت مجموعة من التوصيات كان أهمها:

١- وجوب سعي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) إلى عقد جولة جديدة تضم الدول الأعضاء بغية إجراء إصلاحات جديدة بعيدة المدى على القواعد التحكيمية الخاصة بمنازعات الاستثمار.

٢- وجوب حرص هيئات التحكيم على توفير مرونة للدول والمستثمرين في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات الاستثمار كأن يجمعوا بين قواعد كل من التحكيم في منازعات الاستثمار ISA وقواعد الأونسترال UR^(٥٤)، كما يسمح للأطراف المتنازعة الانسحاب من هذه القواعد واللجوء لقواعد التحكيم التجاري الدولي (ICA) أو قواعد الأونسترال UR بالنسبة إلى منازعات الاستثمار، إذا ما رأوا أنها تحقق لهم التوازن المنشود لفض النزاع الدائر بينهم.

٣- يجب على مؤسسات التحكيم مثل غرفة التجارة الدولية (ICC)، والجمعية اليابانية للتحكيم وضع قواعد تتلاءم مع منازعات الاستثمار، وتسعي إلى الحفاظ على حرية الأطراف في الانضمام لهذه الهيئات كما هي الحال في قواعد المركز الاسترالي للتحكيم وقواعد الأونسترال. ومع ذلك يجب أن تتسم المبادئ التوجيهية لهذه المؤسسات بالعمومية، وتبرز أن المصلحة العامة تقتضي تبني قواعد خاصة تلئم منازعات الاستثمار^(٥٥).

(٥٤) وهذه المجموعة البديلة من القواعد تشكل عوضاً من خلال تأكيد الكفاءة وتحقيق العدالة من خلال مراعاة المصالح الخاصة والعامة لأطراف النزاع. راجع في ذلك:

Luke Nottage – Kate Miles, "Back to the Future" for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit, p 31.

(٥٥) وقد وجد تطبيقاً لذلك ما جاء في اتفاقية التجارة الحرة التي تمت بين أستراليا واليابان، حيث نص الفصل الخاص بأحكام الاستثمار على أنه يمكن السماح للمستثمر المدعي أن يطالب بتطبيق أية

وفى ظل هذه الخصوصية لعقود الاستثمار ينصح دائماً بتوخي الحرص الكافي عند صياغة بنود وشروط هذا العقد من قبل أطرافه، وذلك من خلال معالجة جوانب العلاقة كافة الحالية والمستقبلية (قدر الإمكان)، ومحاولة تحصين العقد بالضمانات كافة التي تضمن بقاءه واستمراره محققاً مصلحة أطرافه، وذلك بغية تجنب المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد^(٥٦).

لكن مهما كانت درجة الأخذ بهذه النصيحة، فإن احتمالات نشوب الخلافات بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر قائمة، الأمر الذي يكسب التحكيم خصوصية من بين وسائل فض المنازعات، تتمثل في أن إدراجه في هذه العقود لا يكون الهدف منه مجرد تشجيع وجذب الاستثمار فحسب، وإنما لمراعاة المصلحة المتبادلة لكل من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار^(٥٧).

قواعد تحكيمية تابعة لأي مركز من مراكز التحكيم، مع السماح للدولة والمستثمر وهيئة التحكيم بتغيير تلك القواعد، والسماح بتطبيق أية قواعد أخرى يرى أنها أكثر ملاءمة لطبيعة منازعة الاستثمار، وذلك لأن الفكرة الأساسية التي يجب أن تهيم على أسلوب فض منازعات الاستثمار هي إعادة التوازن بين الأطراف في هذا العقد. ويشكل هذا الأمر تطوراً عما كان عليه الحال من قبل في منازعات الاستثمار، ففي عام ٢٠٠٤ مثلاً فرضت اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي عقدتها الولايات المتحدة (BIT) على المستثمر أن يرفع دعواه مباشرة للتحكيم بموجب اتفاقية الاستثمار لانتهاك عقد الاستثمار التي تنظم استخدام الموارد الطبيعية ومشاريع البنية التحتية مع الالتزام بتطبيق ما جاء في الاتفاقية من أحكام ولا مجال لاستبدالها بغيرها.

Luke Nottage – Kate Miles, "Back to the Future" for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit, p 31; LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 935.

(٥٦) راجع في ذلك:

Client Brief, International Litigation & Arbitration Practice; op.cit, p 2; Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, op.cit, p3

Client Brief, International Litigation & Arbitration Practice, op.cit, p1; Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, op.cit, p 1.

(٥٧) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٥.

الفصل الأول ضمانات تفعيل دور التحكيم في حفظ التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار

١٢- تبدو أهمية الحديث عن ضمانات تفعيل دور التحكيم في حفظ التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار باعتبارها أمراً لازماً لتمكين التحكيم من مواجهة حالات اختلال هذا العقد. فكما سبق أن ذكرنا بأن التحكيم ليس الوسيلة النموذجية لفض منازعات الاستثمار، إلا إذا توافر له مجموعة من الضمانات الكفيلة بتمكينه من القيام بهذا الدور.

كما تزداد أهمية الحديث عن هذه الضمانات عند استقراء الواقع العملي لعقود الاستثمار التي تبرمها الدول النامية، حيث غالباً ما تتدفع هذه الدول على إثر رغبتها الشديدة في الاحتفاظ بمكتسباتها الاستثمارية أو العمل على جذب الاستثمارات للرضوخ لرغبات المستثمر بإضافة شرط التحكيم، وذلك دون مراعاة الضوابط التي من شأنها جعل التحكيم وسيلة فعالة يمكن من خلالها ضمان تحقيق الاستفادة المنتظرة من إبرام عقود الاستثمار.

من ناحية أخرى تسبب غياب هذه الضمانات في جعل التحكيم وسيلة مقننة لاستنزاف موارد الدول لصالح المستثمرين، الأمر الذي دعا العديد من الدول لرفض التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، أو حتى تحد من اللجوء إليها. فقد سعت منظمة الدول العربية المصدرة للبترول^(٥٨) إلى التقليل من اللجوء للتحكيم. كما أن اتفاقية واشنطن الخاصة بحل المنازعات بين الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى لم يوقع عليها عدد من الدول، كالصين، ودول أمريكا اللاتينية الأخرى.

(٥٨) وهي عبارة عن منظمة إقليمية سلعية متخصصة ذات طابع دولي، أنشئت باتفاقية بين دول تنتج البترول وتصدره، بغية إقامة نوع من التعاون فيما بينها، لتحقيق التطوير في الصناعات البترولية. وقد تم التوقيع على ميثاقها في بيروت بتاريخ ٩ يناير ١٩٦٨، بين كل من المملكة العربية السعودية، والجمهورية الليبية ودولة الكويت، وتم اختيار الكويت مقراً للمنظمة. لمزيد من التفصيل عن المنظمة، راجع العنوان الإلكتروني التالي:

<http://www.petroileum.gov.eg/ar/InternationalAffairs/LocalOrganizations/OAPEC/Pages/OAPEC.aspx>

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

أيضاً تم حظر اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار من قبل قانون الاستثمار (ANDIN) لدول أمريكا اللاتينية^(٥٩).

كما أن بعض الدول تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ولكن في حدود ضيقة جداً، وذلك كما جاء في مادة (١٧) من قانون الاستثمار الجزائري الصادر في ٢٠ أغسطس ٢٠٠١، حيث نصت على أن "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حال وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حال وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند سمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص"^(٦٠).

ومع ذلك فإن هذه الدول لا يمكنها من الناحية العملية رفض التحكيم بصورة مطلقة، حيث يواجه هذا الرفض تمسك المستثمر به بشدة، حيث يعد شرط التحكيم بالنسبة إليه من الشروط العقدية المحورية التي تشكل ضمانته كبرى بالنسبة إليه، قد تجعله يرفض القيام بالاستثمار لغيابه، يأتي هذا في ظل حاجة هذه الدول للاستثمار لتحقيق خططها التنموية والاستفادة من نقل التكنولوجيا والخبرة الفنية.

لذلك حرص العديد من الدول على تنظيم التحكيم كوسيلة يمكن من خلالها فض منازعات الاستثمار بين الدولة والمستثمر بضمانات معينة، كان من أهمها زيادة فاعلية مبدأ سلطان الإرادة^(٦١).

(٥٩) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٦٠) راجع هذا القانون على العنوان الإلكتروني التالي: <http://www.joradp.dz/TRV/AInv.pdf> (٦١) حيث نصت المادة (٧) من قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على أنه "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدولة الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١، وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري عليها تلك الاتفاقيات، أو وفقاً

لكل ما سبق تبدو الحاجة إلى سلوك طريق وسط، يتمثل في إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار، لكن بمراعاة ضوابط معينة، من شأنها أن تطوع هذا الشرط و تجنب أو تقلل قدر الإمكان من آثاره السلبية، وتجعله مؤهلاً لاستعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار إذا ما اختل على إثر التقلبات الاقتصادية أو السياسية.

وسوف ينظم الحديث عن هذه الضمانات على النحو التالي: ضوابط الموافقة على اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار (المبحث الأول)، واستقلالية شرط التحكيم في عقود الاستثمار (المبحث الثاني)، واعتبار شرط التحكيم من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس (مبحث ثالث)، وذلك على التفصيل التالي:

لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي".

- أيضاً كان ينص قانون استثمار رأس المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ في المادة الثانية منه على أن " تتم تسوية المنازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر، أو في إطار تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١ في الأحوال التي تسري فيها. ويجوز الاتفاق على أن تتم تسوية المنازعات بطريق التحكيم من عضو من كل من طرفي النزاع وعضو ثالث مرجح يتفق على اختياره العضوان المذكوران، فإن لم يتفقا على اختياره خلال ثلاثين يوماً من تعيين آخرهما يتم اختيار العضو المرجح بناء على طلب أي من الطرفين بقرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية من بين المستشارين في الهيئات القضائية. - نصت أيضاً المادة (٦١) من قانون الاستثمار اليمني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢، على أنه " دون إخلال في الالتجاء إلى القضاء اليمني يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون والتي تنشأ بين الحكومة والمشروع وذلك عن طريق التحكيم بأي من الأساليب التالية وفقاً لاختيار المستثمر أو المشروع. - أيضاً تنص المادة (٧) من قانون الاستثمار السوري الصادر في ٢٠٠٧ على أنه تتم تسوية نزاعات الاستثمار بين المستثمر والجهات والمؤسسات العامة السورية عن طريق الحل الودي وإذا لم يتوصل الطرفان إلى حل ودي خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق الآتية: ١- التحكيم. ٢- القضاء السوري المختص. ٣- محكمة الاستثمار العربية المشكلة بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام ١٩٨٠، ٤- اتفاقية ضمان وحماية الاستثمار الموقعة بين الجمهورية العربية السورية وبلد المستثمر أو منظمة عربية أو دولية. - جاء أيضاً في المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ بأن " تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية".

المبحث الأول

ضوابط الموافقة على اللجوء للتحكيم في عقد الاستثمار

١٣- تحاط الموافقة على التحكيم بمجموعة من الضوابط التي يجب مراعاتها لضمان فاعلية التحكيم في مواجهة حالات الاختلال الاقتصادي لعقد الاستثمار. وتتمثل هذه الضوابط في ضرورة الحصول على موافقة السلطة المختصة على اللجوء للتحكيم (المطلب الأول)، وضرورة قصر اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار عبر مشاركة تحكيم (المطلب الثاني)، وأخيراً تحديد أنواع المشروعات الاستثمارية التي يجوز فيها التحكيم بشكل محدد (المطلب الثالث)، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

ضرورة موافقة السلطة المختصة قبل الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار

١٤- يقتضي الحديث عن موافقة السلطة المختصة قبل الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار التعرض لبيان طبيعة هذه الموافقة وتبريرات الحصول عليها، ومدى جواز التفويض في هذه الموافقة، وأن تتم مراعاة هذه الموافقة في كل مرة يتم اللجوء فيها للتحكيم، وأخيراً لحكم اتفاق التحكيم الذي لم يراع بشأنه الحصول على موافقة السلطة المختصة.

أولاً/ طبيعة موافقة السلطة المختصة على اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار:

١٥- الأصل أن المعاملات التجارية يجب أن تتسم بالبساطة والابتعاد قدر الإمكان عن الشكليات، إلا أن الخروج عن هذا الأصل وتقرير ضرورة موافقة السلطة المختصة قبل الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار له ما يبرره، حيث إن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية ووقوفها أمام قضاء خاص بصفته طرفاً من أطراف النزاع يستدعي ضرورة الحصول على موافقة السلطة المختصة، والتي

ستعمل على مراقبة توافر الضمانات الكافية لذلك قبل أن تقرر الموافقة. من ناحية ثانية، الطبيعة الخاصة لمحل عقد الاستثمار استغلال أحد الموارد الطبيعية للدولة أو تسيير أحد مرافقها يبرر ضرورة الحصول على موافقة السلطة المختصة قبل قبول عرض المنازعات التي تثور في هذا الشأن على جهة قضائية غير وطنية نظراً لتعلق الأمر بالمصالح العليا للدولة. من ناحية ثالثة لاشك أن مراعاة هذه الموافقة له عظيم الأثر في ضمان حماية الصالح العام سواء من ناحية الحد من اللجوء للتحكيم إلا في حالات قليلة (كحالات التتمية التي تحتاج لخبرة فنية معينة)، وحتى في حالات اللجوء للتحكيم أن يتم الحرص على أن يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق أمام جهة التحكيم، ومراجعة صياغة اتفاق التحكيم متسمة بالمرونة الكافية لمواجهة التقلبات الاقتصادية المختلفة.

والملاحظ على موقف قانون التحكيم المصري أنه حرص على اشتراط موافقة الوزير المختص أو من ينوب عنه في اختصاصاته بالنسبة إلى الأشخاص المعنوية في حال الاتفاق على التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية^(٦٢).

ويبدو لنا أن المشرع المصري لم يكن موفقاً عندما قصر اشتراط موافقة الوزير على العقود الإدارية فقط ، فليست كل العقود الإدارية ذات أهمية على النحو الذي يجب معه توفير الحماية لها من خلال اشتراط موافقة الوزير على التحكيم في منازعاتها، وكان الأولى بالمشرع أن يخص التحكيم في عقود الاستثمار بموافقة الوزير بشكل خاص، وذلك لما يلي:

١- أن هذه العقود تتطوي على استغلال للثروات الطبيعية للدولة وإدارة مرافقها الأمر الذي يجعل لهذه العقود الأولوية في ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص.

(٦٢) تنص المادة (٢/١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك."

٢- أن عقود الاستثمار ذات مدلول أوسع من العقود الإدارية، التي تقتصر فقط على العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، أما عقود الاستثمار فهي تشمل على العقود كافة التي يكون محلها استغلال أحد الموارد الطبيعية أو إدارة أحد المرافق العامة سواء أكانت الدولة طرفاً في العقد أم لا، وذلك على النحو الذي يتطلب ضرورة أن تكون الموافقة على التحكيم بخصوص منازعاتها من اختصاص الوزير. ومع ذلك يبدو لنا أن المشرع قد خافه التعبير، وأنه كان يقصد اشتراط هذه الموافقة لحماية العقود التي يكون محلها استغلال الموارد الطبيعية للدولة أو إدارة أحد مرافقها، واعتبر أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية، وذلك على خلاف ما أثبتناه من أن عقود الاستثمار ليست دائماً عقوداً إدارية، وإنما هي في الغالب عقود تجارية.

وعلى ما يبدو أن البعض رأى في إسناد أمر الموافقة على اللجوء للتحكيم إلى الوزير أمر لا يحقق الضمانة الكافية، ورأى أن الأمر يحتاج إلى موافقة رئيس مجلس الوزراء خاصة إذا ما تعلق الأمر بعقد من عقود الاستثمار الدولية، وذلك لقدرته على التأكد من أن هذه العقود ذات اتصال وثيق بأمور التنمية من ناحية، وللحد من اللجوء للتحكيم في هذه العقود قدر الإمكان، ومن ثم تقوية القدرة التنافسية للشركات الوطنية في مواجهة الشركات الأجنبية^(٦٣).

ويبدو لنا أن الموافقة على عقد الاستثمار بما يتضمنه من الاتفاق على اللجوء للتحكيم أمر يحتاج إلى موافقة السلطة التشريعية في الدولة، حيث إن ما تفصح عنه التجارب السابقة للعديد من الدول تؤكد أن كثيراً من موارد الدول قد أهدرت، سواء فيما يتعلق بالاستغلال المفرط لهذه الموارد من المستثمر، أو فيما يتعلق بمبالغ التعويض التي تلزم الدولة بدفعها تنفيذاً لأحكام التحكيم التي تصدر في مواجهتها،

(٦٣) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

وكل ذلك يعزى في الأساس إلى عدم توفير الضمانات الكافية للموافقة منذ البداية. فالسلطة التشريعية وما لديها من لجان يمكن أن يباط بها القيام بهذه المهمة باقتدار، حيث إن السلطة التنفيذية غالباً ما تتساق على إثر تبنيها لاتجاه سياسي معين إلى اتفاقات لا تحقق مصلحة الدولة، خاصة إذا كان المستثمر ينتمي إلى دولة تجمعها بالدولة المضيفة للاستثمار علاقات قوية^(٦٤). لذلك يبدو لنا أهمية جعل جهة الموافقة على اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار السلطة التشريعية لتوفير الضمانات اللازمة.

ولعل مما يدعم رأينا ما يراه البعض^(٦٥) من أن الموافقة على التحكيم في عقود الاستثمار أمر يحتاج إلى مزيد من الشفافية، وتعزيز الضمانات الكفيلة بتحقيق العدالة، نظراً لتعلقه بمصالح الدولة واستغلال مواردها، وذلك حتى يكون وسيلة فعالة لتحقيق التوازن الاقتصادي المنشود في هذه العقود.

وقد وجد صدى لهذا الاتجاه لدى بعض الدول، كان أهمها دولة غانا، الذي نص دستورهما على ضرورة الحصول على موافقة البرلمان على اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة^(٦٦). بل لم تكتف بعض الدول بموافقة البرلمان وحده، بل وصل بها الحال إلى حد اشتراط نشر عقد الاستثمار المتضمن اتفاق التحكيم في الجريدة الرسمية، وذلك كما هي الحال في دولة الكاميرون^(٦٧).

وقد جاء في قانون مجلس الدولة المصري ما يفيد التزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة بأن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو

(٦٤) المرجع السابق، ذات الموضع.

(٦٥) راجع في ذلك:

Luke Nottage – Kate Miles, "Back to the Future" for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit, p 30.

(٦٦) راجع: المادة (١٤٠/٢) من الدستور الغاني، متاح على العنوان الإلكتروني التالي:

<http://www.politicsresources.net/docs/ghanaconst.pdf>

(٦٧) وذلك كما حدث في إنشاء خط أنابيب الممتد بين الكاميرون وتشاد COTCO-Cameroon. راجع: Cotula, Lorenzo, (august 2007). " Foreign investment contracts", op. cit, p2.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة^(٦٨).

لكن يجب ملاحظة أن الموافقة المقررة من قانون التحكيم هي موافقة إلزامية، بحيث يشكل عدم مراعاتها خطأً. أما عن موافقة إدارة الفتوى بمجلس الدولة، فهي موافقة غير ملزمة، أي أنها تتم على سبيل الاستشارة^(٦٩).

ولعل في التمييز بين موافقة الوزير وموافقة مجلس الدولة، وكون الأولى ملزمة أما الثانية فهي استشارية، يبرره أن الموافقة الأولى تستهدف التأكد من مراعاة مصلحة الدولة والحفاظ على مواردها ومرافقها، وأن اللجوء للتحكيم لا ينطوي على إهدار لهذه المصلحة بخصوص المنازعات التي يمكن أن تثور في مواجهة المستثمر، أما فيما يتعلق بالموافقة الثانية فهي تستهدف الوقوف على حكم القانون قبل التعهد والالتزام بالتحكيم.

ويبدو لنا أن الجمعية العمومية لمجلس الدولة قد جانبها التوفيق عندما قررت أن موافقة قسم الفتوى بمجلس الدولة على اتفاق التحكيم هي مجرد موافقة استشارية لمجرد كونها تستهدف التأكد من مراعاة صحيح القانون، فهذا المبرر أدعي لجعل الموافقة ملزمة، فخطورة اتفاق التحكيم بخصوص عقود الاستثمار لا تقتصر فقط على التأكد من أن محل العقد مورد من موارد الدولة، بل في صياغته القانونية التي تجعله قادرًا على معالجة حالات اختلال التوازن الاقتصادي على إثر حالات الظروف الطارئة والقوة القاهرة، والتي تتوقف في الأساس على الصياغة القانونية للاتفاق، لذلك نوصي بجعل موافقة مجلس الدولة في هذا الخصوص موافقة ملزمة، بحيث يبطل اتفاق التحكيم إذا لم تتم مراعاتها، خاصة أن موافقة الوزير قد لا تراعي الجوانب القانونية للاتفاق.

(٦٨) راجع المادة (٣/٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧١.
(٦٩) راجع: فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ١٧٩، المكتب الفني، السنتان (١٥-١٤) لسنة ١٩٦٠، ص ٣٥٨.

ولعل هذا ما فطن إليه القانون السوري، حيث حظرت المادة (٢/٤٤) من القانون الصادر في ٢١ فبراير ١٩٥٩ الخاص بمجلس الدولة على أنه على الوزارات أو مصالح الدولة إبرام أو قبول أو إجازة عقد أو مصلحة أو تحكيم أو تنفيذ قرار تحكيمي فيما تتجاوز قيمته الخمسة وأربعين ألف ليرة سورية دون طلب رأي الإدارة المختصة، الأمر الذي يعني أن موافقة مجلس الدولة السوري على اتفاق التحكيم إلزامية، بحيث يبطل الاتفاق إذا لم تتم مراعاتها، الأمر الذي يضمن فاعلية التحكيم وقدرته على تحقيق التوازن المنشود عند فض منازعات عقود الاستثمار.

ومن الوقائع التي عكست أهمية إلزامية الحصول على الموافقة على التحكيم في عقود الاستثمار قضية هضبة الأهرام في مصر، التي تتلخص وقائعها في (أنه بتاريخ ٢٣ سبتمبر ١٩٧٤ أبرمت الهيئة العامة للسياحة والفنادق (إيجوث) وشركة جنوب الباسفيك بهونج كونج عقداً لإنشاء مركزين سياحيين أحدهما بمقر الأهرامات والآخر برأس الحكمة). وقد تم الاتفاق في العقد على أن تلتزم الهيئة العامة للسياحة بتمكين الشركة من تملك الأرض اللازمة للمشروع، على أن يلتزم الطرف الثاني بإقامة المشروع، كما تم الاتفاق على أن يتم الفصل في المنازعات التي تثار بشأن العقد عن طريق التحكيم. والملاحظ أنه لم يتم الحصول على موافقة الوزير المختص ولا موافقة مجلس الدولة على هذا الاتفاق.

وقد قوبل هذا المشروع بمعارضة شعبية عارمة، لاعتبار هذه المنطقة من الأماكن الأثرية التي لا يجوز التصرف فيها. وقد اضطرت الهيئة العامة للسياحة والفنادق على إثر ذلك إلى الاستجابة للمطالب الشعبية وإيقاف العمل بهذا المشروع.

وقد تمسكت شركة جنوب الباسفيك بشرط التحكيم الوارد في العقد، والذي يقضي بعرض أي نزاع يتعلق بالعقد على غرفة التجارة الدولية بباريس، والتي أصدرت حكمها بإلزام مصر بدفع تعويض قدره ٢٧,٦ مليون دولار.

ولا يخفى على أحد فداحة الخسارة التي تكبدها الهيئة العامة للسياحة على إثر عدم مراعاة الحصول على الموافقة الأولية من الوزير المختص أو مجلس الدولة. ولعل هذا ما تم تداركه فيما بعد من محكمة النقض الفرنسية، وذلك عندما عرض عليها الطعن على حكم استئناف باريس، حيث أيدت ما صدر عن هذه المحكمة، والذي ألغى الحكم التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، مؤسسة ذلك بطلان اتفاق التحكيم، حيث لا يمكن افتراض موافقة الحكومة المصرية لمجرد وجود اتفاق في عقد الاستثمار على إحالة المنازعات للتحكيم، كما أن توقيع وزير السياحة جاء بما له من سلطة وصاية، وليس بصفته ممثلاً للحكومة المصرية في ذلك^(٧٠).

ولعل وقائع هذه القضية تعكس بوضوح أهمية الحصول على موافقة الجهة المختصة قبل الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار. فما تم من معارضة شعبية تثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن عقود الاستثمار تكون دائماً محط اهتمام المجتمع لارتباطها الشديد باستغلال موارد الدولة وإدارة مرافقها الحيوية، ويؤكد في الوقت ذاته ما سبق أن ذكرناها من ضرورة جعل السلطة المختصة بهذه الموافقة السلطة التشريعية، من أجل توفير أقصى الضمانات الممكنة، والتي ستحرص على مراقبة صياغة اتفاق التحكيم، وتحديد أنواع المنازعات التي يجوز اللجوء فيها للتحكيم، وتحديد مبالغ التعويض المستحقة في حال مخالفة أي من شروط العقد، بحيث لا يترك الأمر لمحض تقدير هيئة التحكيم.

ثانياً/ عدم جواز التفويض بالموافقة على اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار:

١٦- بالرجوع لنص المادة (٢/١) من قانون التحكيم المصري يلاحظ أنها قصرت سلطة الموافقة على اللجوء للتحكيم فقط على الوزير المختص أو من يقوم

Cass. Civ. 06 janvier 1987, Clunet 1987, p. 638.

(٧٠) راجع:

مقامه، وحظرت على الوزير أن يفوض^(٧١) أحداً في الموافقة.

ولعل المشرع راعى أهمية عقود الاستثمار وخطورة الآثار المترتبة على الفصل في منازعاتها والتي تمس بصورة مباشرة الاقتصاد القومي، فقرر أن الموافقة على اللجوء للتحكيم، ومن ثم سلب القضاء الوطني لاختصاصه بنظر النزاع أمر مقصور على الوزير، ولا يجوز له أن يفوض أحداً فيه.

وقد تم تبرير قصر الموافقة على اللجوء للتحكيم فقط على الوزير المختص بأمرين:

الأول/ بغرض ضبط استعماله ضمناً لوفاء اتفاق التحكيم باعتبارات الصالح العام، ومن ثم يجب أن يقتصر الأمر في هذا الشأن على الوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته من الأشخاص الاعتبارية العامة^(٧٢).

الثاني/ إن في عدم التفويض ضماناً لعدم الإفراط أو إساءة استخدام التحكيم في عقود الاستثمار، بالنظر إلى أن اللجوء للتحكيم يسفر عن استبعاد اللجوء للقضاء الوطني.

الثالث/ إن في قصر الاختصاص على الوزير المختص أمراً من شأنه حصر وتحديد المسؤولية عما قد يسفر عن هذا الأمر من أضرار^(٧٣).

ويبدو لنا أن قصر الموافقة على اتفاق التحكيم على الوزير المختص أو من يقوم مقامه في الأشخاص الاعتبارية العامة هو مجرد ضمانة شكلية فالعبرة ليست

(٧١) يقصد بالتفويض من الناحية القانونية بأنه عبارة عن إجراء تعهد بمقتضاه السلطة المختصة لسلطة أخرى أدنى منها بجزء من اختصاصاتها بناء على نص في القانون يسمح بذلك. والتفويض قد يكون إدارياً إذا كان ينطوي على التفويض في اختصاصات إدارية، أو تفويضاً تشريعياً إذا كان باختصاصات تشريعية. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٧٢) مضبطة مجلس الشعب، الفصل التشريعي السابع، دور الانعقاد الثاني، الجلسة (٦٠)، ١٩٩٧/٤/٢٣، ملحق رقم ٢، ص ٨٢.

(٧٣) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

بدرجة الموظف العام الذي يجرى توقيعه بالموافقة، ولكن كان الأجدر استلزام الموافقة من خبراء قانونيين واقتصاديين على دراية بطرق صياغة عقود الاستثمار وأساليب فض منازعاتها بطريق التحكيم، من خلال إلزامية موافقة قسم الفتوى بمجلس الدولة مثلاً، أو الهيئة العامة للاستثمار بالاستعانة بأساتذة القانون المتخصصين في هذا المجال.

ثالثاً/ وجوب الحصول على الموافقة في كل مرة يتم فيها الاتفاق على التحكيم:

١٧- تنطلق أهمية اشتراط الحصول على موافقة السلطة المختصة في كل مرة يتم اللجوء فيها للتحكيم في عقود الاستثمار كونه طريقاً استثنائياً لفض مثل هذه المنازعات، حيث الأصل هو انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني بنظر هذه المنازعات، لذلك فإن الخروج عن القاعدة العامة وإعمال الاستثناء يقتضي ضرورة الحصول على الموافقة في كل مرة يتم فيها الاتفاق على التحكيم، ولا يجوز الاستغناء عن هذه الموافقة بالتعلل بأن هناك حالات مماثلة تمت الموافقة على اللجوء فيها للتحكيم.

وقد وجد لهذا الأمر صدى فيما أخذت به اللجنة الثالثة بمجلس الدولة المصري، وذلك عندما عرض عليها العقد الابتدائي المبرم بين شركة الكهرباء وإحدى الشركات الأجنبية لإنشاء محطة لتوليد الطاقة الكهربائية، حيث ذهبت اللجنة إلى الحد من اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار قدر الإمكان، باعتباره أسلوباً استثنائياً لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود. وقد اقترحت اللجنة تعديل المادة (١٨) من العقد، بحيث يكون نصها كالتالي: ".... ويجوز استثناء اللجوء للتحكيم في أي نزاع ينشأ بين الطرفين أثناء تنفيذه، وذلك بموافقة الوزير المختص على كل تحكيم قد ينشأ عن أي خلاف أثناء مدة الالتزام"^(٧٤).

وعلى الرغم من أن الظاهر مما سبق يعكس إحاطة إجراءات الموافقة على

(٧٤) د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٧٨.

التحكيم بخطوات معقدة، وذلك على النحو الذي لا يتناسب مع ما تحتاج إليه عقود الاستثمار من بساطة ومرونة في الإجراءات تشجيعاً وتحفيزاً للمستثمر على القيام بمشروعاته الاستثمارية، فيبدو لنا أن هذه الإجراءات مطلوبة، حيث إن هدفها توفير ضمانات تتناسب مع محل وموضوع عقود الاستثمار. فواقع منازعات التحكيم في هذه العقود يعكس بوضوح ضياع حقوق الدولة المضيفة للاستثمار بسبب عدم توفير الضمانات الكافية لاتفاق التحكيم، لذلك نرى أن الإجراءات السابقة لازمة لتحسين اتفاق التحكيم بالضمانات الكافية واللازمة لأهمية عقود الاستثمار، وما يترتب عليها من آثار.

رابعاً/ حكم اتفاق التحكيم الذي لم يراع بشأنه الحصول على الموافقة الأولية:

١٨- في ظل ما سبق إظهاره من أهمية الحصول على الموافقة على اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار، يدعو الأمر للتساؤل عن مصير اتفاق التحكيم في حال عدم مراعاة الحصول على موافقة السلطة المختصة، أو أنها تقدمت بطلب للحصول على الموافقة ورفضت السلطة المختصة، وتم المضي قدماً رغم ذلك في تنفيذ الاتفاق؟

ذهب جانب من الفقه^(٧٥) في سبيل الإجابة عن هذا التساؤل للقول بأن عدم مراعاة الحصول على الموافقة من الجهة المختصة أمر لا يؤثر في صحة اتفاق التحكيم، حيث تفرض مقتضيات حماية النظام العام الدولي عدم التنصل من اتفاق التحكيم بحجة عدم الحصول على الموافقة المطلوبة، وذلك لأن فكرة النظام العام الدولي لا تقتصر فقط على حماية المصالح العليا للمجتمع، ولكنها تسعى لحماية مصلحة أكبر وهي حماية التضامن الاجتماعي فيما بين الدول. هذا وقد قصر هذا الرأي الجزاء في هذه الحال على مسئولية الجهة المكلفة بالحصول على الموافقة

(٧٥) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

أمام الجهة الإدارية المختصة.

وقد استشهد هذا الرأي بموقف بعض التشريعات التي تبنت هذا الاتجاه، ومنها القانون السويسري الخاص بالتحكيم الدولي الصادر عام ١٩٨٧، حيث جاء في عجز المادة ١٧٧/٢ منه على أنه " عندما تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعين لها أحد أطراف اتفاق التحكيم فإن هذا الطرف لا يمكنه التمسك بقانونه للمنازعة في قابلية النزاع للتحكيم أو في أهليته للتحكيم" (٧٦).

وقد شهد الاتجاه السابق تأييداً ملحوظاً من العديد من أحكام هيئات التحكيم، التي ذهبت إلى أن الاتفاق على التحكيم دون مراعاة الحصول على موافقة السلطة المختصة لا يؤثر في صحة هذا الاتفاق.

فقد صدر عن غرفة التجارة الدولية حكم في القضية رقم ٤٣٨١ لسنة ١٩٨٦ (٧٧) قررت فيه أنه لما كانت المادة (١٣٩) من الدستور الإيراني قد استلزمت ضرورة الحصول على موافقة السلطة المختصة قبل الاتفاق على التحكيم، ورغم ذلك قامت المؤسسة العامة الإيرانية بالاتفاق على التحكيم دون مراعاة الحصول على هذه الموافقة، فإنه من الثابت في قضاء التحكيم عدم السماح للمؤسسة العامة الإيرانية التمسك بالبطلان، لأن ذلك يتعارض مع النظام العام الدولي، الذي لا يمكن تجاهله بالتمسك بتطبيق القانون الإيراني.

وفي سياق متصل صدر عن غرفة التجارة الدولية عام ١٩٦٨ حكم تحكيمي آخر حمل رقم (١٥٢٦) أكدت فيه المعنى السابق، حيث ذهبت إلى أن ما قرره بعض التشريعات (كالتشريع الفرنسي والتشريع البلجيكي) من حظر لجوء الدولة أو أحد الأشخاص العامة للتحكيم أمر غير مطبق في التشريعات الأخرى، وأن لجوء

(٧٦) راجع:

Marc Blessing, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series; Vol. 10, 1999, p 166.

ICC Case No 4381, Journal du Droit International 1986, p 1102.

(٧٧) راجع:

الدولة الطرف في النزاع للتحكيم، رغم أن القانون المطبق على العقد يحظر عليها ذلك إلا بعد الحصول على موافقة السلطة المختصة، أمر يجب أن يستثنى منه شرط التحكيم، ومن ثم إذا اتفقت على التحكيم دون الحصول على هذا الإذن، فلن يؤثر هذا في صحة ما تم الاتفاق عليه^(٧٨).

ويبدو لنا عدم قانونية موقف هيئة التحكيم سالف الذكر، حيث إنها تسعى إلى التمسك بصحة شرط التحكيم ومن ثم اختصاصها بنظر النزاع حتى ولو كان الاتفاق على التحكيم قد تم بالمخالفة لنص في الدستور أو القانون الوطني. ولم تراع هيئة التحكيم أن هذا يمثل ليس فقط اعتداء على سيادة الدولة، بل هو أيضاً اعتداء على النظام الدولي ذاته (التي تدعي الدفاع عنه والحفاظ عليه) الذي يقرر ضرورة احترام سيادة الدول، من خلال احترام تطبيقها لقوانينها الوطنية، خاصة إذا ما تعلق الأمر بعلاقة من علاقات القانون الخاص. فعندما ينص النظام القانوني الداخلي للدولة على ضرورة الحصول على موافقة السلطة المختصة قبل اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار باعتباره ضماناً رأت الدولة تقريرها، فلا أقل من أن تحترم، ولا يجوز الالتفاف عليها بالقول بأن الحصول على الموافقة أمر ملزم فقط للجهة التابعة للدولة المضيفة للاستثمار، بحيث إن عدم مراعاته يترتب مسؤولية هذه الجهة دون أن يؤثر ذلك في صحة اتفاق التحكيم ذاته، فهذا القول من شأنه تفرغ هذه الموافقة من مضمونها. فالأولى عندما ينص النظام الداخلي للدولة على ضرورة الحصول على موافقة الجهة المختصة، أن يكون هذا الأمر ملزماً ليس فقط للجهة التابعة للدولة المضيفة للاستثمار، بل وأيضاً للمستثمر، الذي يجب عليه كما أنه حريص على التعرف على المزايا التي سوف يحصل عليها؛ من الإعفاءات الضريبية والجمركية والتسهيلات الائتمانية، أن يطلع أيضاً على القوانين الوطنية ويحترم الضمانات التي تحتفظ بها الدولة المضيفة للاستثمار لنفسها.

(٧٨) راجع: ICC, case No 1526, 1968, Belgian party v African state, 101, clunet 915, 1974

وبناء عليه يبدو لنا أن عدم مراعاة موافقة السلطة المختصة قبل اللجوء للتحكيم يجعل الاتفاق على التحكيم باطلاً، الأمر الذي يجب أن تقضي به هيئة التحكيم، وإلا فإن اختصاصها وعملها يكون هو الآخر باطلاً.

ولعل الدافع وراء تقرير هذا الحكم هو الرغبة في تفعيل ضمانات الموافقة على اتفاق التحكيم قبل اللجوء إليه، باعتبار أن هذه الضمانة هي الكفيلة بتفعيل دور التحكيم في النهوض بدوره في إحداث التوازن المنشود في عقد الاستثمار عندما يقع ما يؤثر في توازنه.

وتلجأ الدول المصدرة للاستثمار في سبيلها للتمسك بالتحكيم لفض منازعتها، إلى إلزام الدول المضيفة للاستثمار بذلك عبر الاتفاقيات ثنائية الأطراف^(٧٩). فقد نصت المادة ١/٢٥ من اتفاقية واشنطن للاستثمار الأجنبي على اختصاص مركز التحكيم بنظر المنازعات القانونية كافة الناشئة مباشرة عن عقد الاستثمار بين دولة متعاقدة ومواطن تابع لدولة متعاقدة أخرى. كما تسمح غالبية الاتفاقيات الثنائية للمستثمر الأجنبي أن ينضم لاتفاق التحكيم طبقاً للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) تحت رعاية البنك الدولي، وذلك لضمان فاعلية اللجوء للتحكيم.

ولأسف الشديد تسعى الدول المصدرة للاستثمار إلى الالتفاف حول تحصن الدول المستضيفة للاستثمار بالموافقة الأولية على اتفاق التحكيم كضمانة تسعى من خلالها إلى الحد من اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار أو ممارسة نوع من الرقابة قبل الاتفاق على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وذلك من خلال سعيها إلى إبرام الاتفاقيات ثنائية الأطراف، والتي تتضمن بنوداً تقرر من خلالها إلزام الدول المتعاقدة بالتحكيم كوسيلة وحيدة لفض منازعات الاستثمار، بما يعطي الحق للمستثمر الحق في اللجوء للتحكيم مباشرة عند نشوب

(٧٩) راجع في ذلك: Luke Nottage – Kate Miles, "Back to the Future" for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit, p 28.

أي نزاع، حتى ولو لم يكن هناك اتفاق مسبق على فض المنازعات من خلاله، وذلك فيما يسمى اللجوء المباشر للتحكيم (direct recourse arbitration) أو الموافقة على التحكيم دون إطلاع (Arbitration Without Privity) الأمر الذي يمثل تحدياً كبيراً لحقوق هذه الدول فيما يتعلق بإهدار مراعاتها للضمانات اللازمة للجوء للتحكيم (٨٠)، ويدعوننا إلى توجيه النداء إلى الدول المضيفة للاستثمار بضرورة توخي الحرص الزائد عند صياغة الاتفاقيات الدولية خاصة الاتفاقيات ثنائية الأطراف لتجنب الاتفاقات على اللجوء للتحكيم بصورة غير مشروطة، لما لهذا الأمر من انتقاص من سيادة الدولة، واعتداء على إرادتها في الرقابة على اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار.

المطلب الثاني

الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار

من خلال مشاركة تحكيم

١٩- سبق الحديث عن أن التحكيم يظهر في عقود الاستثمار في أحد صورتين: إما من خلال شرط تحكيم (اتفاق في صلب عقد الاستثمار)، أو مشاركة تحكيم (اتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الاستثمار) (Independent arbitration arrangement).

الملاحظ أن التشريعات الوطنية المختلفة وكذلك المعاهدات الدولية لا تقيم وزناً للفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وتتنظر إليهما على أنهما وجهان لعملة واحدة، وذلك باستثناء القانون الفرنسي، الذي يفرق بينهما من حيث الأثر القانوني المترتب على كل منهما، حيث ينظر إلى مشاركة التحكيم على أنها الاتفاق الصحيح المنتج لآثاره، أما شرط التحكيم فإنه لا يعترف به من الناحية القانونية إلا

(٨٠) وقد حرصت الولايات المتحدة الأمريكية على معالجة هذا الأمر على وجه التحديد في اتفاقياتها ثنائية الأطراف، خاصة في الفصل الخاص بالاستثمار في اتفاقيات التجارة الحرة عام ٢٠٠٤. وقد أدرج بالفعل في الترتيبات التسعة الخاصة في المفاوضات الخاصة بالولايات المتحدة في سنغافورة ٢٠٠٢ تحت عنوان بند تسوية المنازعات في نموذج الاتفاقية ثنائية الأطراف، والذي يتضمن إجراءات خاصة بالتحكيم في بعض دعاوى عقود الاستثمار.

LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op .cit, p 938.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

إذا تم تأكيده باتفاق مكمل عند نشأة النزاع، وذلك بناء على أن الاتفاق المسبق في العقد هو مجرد مرحلة تمهيدية تحتاج إلى تأكيد لاحق^(٨١).

وتعود الحكمة من هذه التفرقة إلى الرغبة في حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان إذا ما ورد بها شرط التحكيم بصورة مسبقة، وذلك على النحو الذي يحرم الطرف المدعن من اللجوء للقضاء الوطني^(٨٢).

ويبدو لنا أن الحكمة السابقة مقاربة مع الغرض المستهدف من حماية الدولة المضيفة للاستثمار من مخاطر اللجوء للتحكيم. فاللجوء إلى التحكيم عبر مشاركة تحكيم يتم بعد أن يكون النزاع قد وقع بالفعل، وليس مجرد احتمال بوقوعه، الأمر الذي يجعل الاتفاق على تفاصيله أكثر توافقاً وتحقيقاً لمصلحة الدولة، حيث سيكون اللجوء إليه بالقدر اللازم فقط لحل المنازعة، كما أن التفاصيل الخاصة به سوف تأتي متناسبة مع واقع النزاع، وذلك على عكس الاتفاق على التحكيم بصورة مسبقة، على نحو يجعله يعالج أموراً مستقبلية احتمالية غالباً ما تكون مستهدفة تأمين وتحسين مصالح المستثمر.

لذلك يبدو لنا القول بأن اللجوء للتحكيم من خلال مشاركة بالنسبة إلى عقود الاستثمار أمر يشكل ضماناً مهمة من ضمانات التحكيم في هذه العقود. فخصوصية منازعات الاستثمار تتمثل في غياب فكرة الندية أو الثأر الخاص، وغلبة الطابع التوافقي على مجريات النزاع يدفع الأفراد إلى محاولة استعادة توازن المصالح الاقتصادية بين أطرافه، من خلال إيجاد حلول تضمن بقاء واستمرار عقد الاستثمار، خاصة في حالات تغير ظروف العقد أو حالات القوة القاهرة، الأمر الذي تبدو معه أهمية الاتفاق على تفاصيل فض النزاع بعد وقوعه، حيث ستجعل

(٨١) وقد أصدر المشرع الفرنسي تطبيقاً لهذا نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني التي قرر من خلالها إمكانية التحكيم في عقود الأشغال العامة وعقود التوريدات إذا تعلق الأمر بتصفية نفقات ناتجة عن هذين العقدين، وذلك عبر مشاركة تحكيم وليس شرط تحكيم.

(٨٢) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٦، ص ١٣.

اتفاق التحكيم أقرب لتحقيق مصالح جميع الأطراف، بدلاً من الاتفاق المسبق من خلال شرط التحكيم، الذي يعالج أموراً مستقبلية غالباً ما تكون بعيدة عن تحقيق العدالة، خاصة في عقود الاستثمار التي تتسم بطول مدتها، وذلك على النحو الذي يصعب معه استشراف صور النزاعات أو الاختلافات كافة التي يمكن أن تنشأ عنه.

وبناء عليه نوصي المشرع المصري بضرورة تفعيل هذه الضمانة الناجعة في عقود الاستثمار، من خلال قصر اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار فقط من خلال مشاركة تحكيم وليس من خلال شرط تحكيم.

المبحث الثاني

استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار

٢٠- لا مجال للحديث عن التحكيم بوصفه وسيلة لحفظ التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار إلا إذا كان مصيره مستقلاً عن مصير عقد الاستثمار فيما يلحق الأخير من عوارض. فلو كان لهذه العوارض - إذا لحقت بعقد الاستثمار تأثير بالتبعية في اتفاق التحكيم، لانعدمت كل فائدة من التحكيم كوسيلة يمكن من خلالها معالجة هذه العوارض ومن ثم استعادة التوازن لعقد الاستثمار.

ويقضي الأمر التعرض لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من خلال التعرف على مضمون هذا المبدأ وتبريره، والتعرف على الآثار المترتبة عليه في حفظ التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار

٢١- يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في عقد الاستثمار النظر لهذا الاتفاق وكأنه عقد مستقل عن عقد الاستثمار، وذلك على النحو الذي يجعل إصابة أحدهم بأية عارض (كالإبطال أو الفسخ أو الانقضاء) لا يجعله يؤثر في صحة الاتفاق الآخر.

وتجدر الإشارة إلى أن مقصود الاستقلال بالمعنى السابق ينصرف للاستقلال القانوني؛ أي انفصال شرط التحكيم عن المؤثرات والعوارض القانونية التي يمكن أن تنال من صحة العقد، ولا يقصد به الاستقلال المادي عن عقد الاستثمار، بمعنى عدم خضوع شرط التحكيم لإيجاب وقبول مستقل عن الإيجاب والقبول الخاص بعقد الاستثمار^(٨٣).

ويرتكز القول باستقلال شرط التحكيم في عقد الاستثمار على عدة تبريرات، أهمها^(٨٤):

١- التبرير العملي:

٢٢- القول بارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير عقد الاستثمار ينفي كل أهمية له كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن هذا العقد، حيث يؤدي مثل هذا القول إلى أن إدعاء أي طرف من أطراف عقد الاستثمار ببطلانه يفضي إلى عدم جواز اللجوء للتحكيم، بل سيتم اللجوء للقضاء الوطني أولاً للفصل في هذه المنازعة. بمعنى آخر، سيؤدي ارتباط اتفاق التحكيم بعقد الاستثمار إلى رفع يد المحكم عن نظر النزاع وإعلان عدم صلاحيته لممارسة اختصاصه، حيث إن العقد الذي يستمد منه سلطته واختصاصه مشكوك في صحته. يضاف لذلك أن الاعتراف باستقلال شرط التحكيم يؤدي إلى الاقتصاد في النفقات والإجراءات، فبدلاً من أن يوقف المحكم نظر النزاع مع ما يترتب على ذلك من إهدار للوقت والنفقات، سيتولى بنفسه الفصل في هذا النزاع^(٨٥).

٢- التبرير القانوني:

٢٣- عقد الاستثمار المدرج به شرط التحكيم يتضمن اتفاقين؛ الأول: يتعلق

(٨٣) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٤٣.
(٨٤) د. سراح حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ١٩٢؛ د. عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، مرجع سابق، ص ٢٦٧.
(٨٥) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٣١٠.

بتتظيم حقوق والتزامات كل من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار، والثاني: خاص بالاتفاق على الكيفية التي يتم من خلالها تسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة، الأمر الذي يظهر معه استقلال وانفصال محل الاتفاقين، بما يضمنى استقلالية على شرط التحكيم دون غيره من شروط العقد^(٨٦).

يضاف لذلك أن نظرية البطلان الجزئي للعقد تجعل من المقبول أن يكون العقد باطلاً في جزء منه وصحيحاً في باقي الأجزاء، أي من المقبول قانوناً القول بصحة شرط التحكيم رغم بطلان عقد الاستثمار الذي يتضمنه.

وأخيراً شرط التحكيم يمكن أن يخضع لنظام قانوني مختلف تماماً عن ذلك الذي يخضع له عقد الاستثمار بفعل اختلاف قواعد الإسناد المطبقة على كل منهما، والتي تختلف في الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على كل منهما.

وما سبق من تبريرات تسري سواء ظهر اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، بل يمكن القول إن هذه التبريرات تتأكد في حال مشاركة التحكيم.

٢٤- هذا وقد أكد على استقلال شرط التحكيم بالمعنى السابق العديد من التشريعات الوطنية وأحكام التحكيم، وذلك على النحو التالي:

أولاً/ موقف القوانين الوطنية:

نصت المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

(٨٦) لذلك يصف بعض الفقهاء شرط التحكيم بأنه عبارة عن الشرط الذي يتولى فقط تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاع "Une clause attribution de competence". راجع: د. سراح حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ١٩٣.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

ويتبين من الصياغة التي ظهر النص السابق عليها أنها عكست تأكيداً قاطعاً على مبدأ الاستقلال، كما أن النص لم يكتف بذلك، بل أكد انعدام أثر البطلان أو الفسخ أو الإنهاء الذي يلحق بالعقد على شرط التحكيم.

وقد تبنى القانون الجزائري الصادر سنة ١٩٨٨ ذات الاتجاه، حيث نص في المادة (٤٥٨) على أنه " لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بالاستناد فقط إلى عدم صحة العقد الأصلي" ^(٨٧).

نص أيضاً قانون التحكيم الإسباني الصادر سنة ١٩٨٧ في المادة (٨) على أن "بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به" ^(٨٨).

وسار في الاتجاه ذاته القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧، حيث جاء في المادة (١٧٨) " لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بدعوى أن العقد الأصلي ليس صحيحاً" ^(٨٩).

ثانياً/ موقف الاتفاقيات الدولية:

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية فقد تباين موقفها بصدد تقرير استقلال شرط التحكيم من عدمه، وذلك على التفصيل التالي:

١/ الاتفاقيات الدولية غير المعترفة باستقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار:

غفل العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم التجاري الدولي عن النص صراحة على استقلال اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي، ومن أهمها اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، والاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١ بشأن التحكيم التجاري الدولي.

(٨٧) راجع نصوص هذا القانون على العنوان التالي:

http://www.egyiac.com/arab_laws_5.php

(٨٨) راجع نصوص هذا القانون على العنوان التالي:

<http://www.voldgiftsforeningen.dk/files/filer/spaniennat.pdf>

(٨٩) راجع نصوص هذا القانون على العنوان التالي: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/291>

ورغم ذلك، ذهب جانب من الفقه^(٩٠) إلى أن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ قد اعترفت باستقلال اتفاق التحكيم بصورة غير مباشرة، حيث إن المادة الثانية من الاتفاقية عندما ألزمت الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب، وحظر محاكمها من النظر في المنازعات التي اتفق الأطراف على الفصل فيها بطريق التحكيم، يعد اعترافاً من جانبها باستقلال شرط التحكيم.

ويبدو لنا أن الرأي السابق قد خلط بين الاعتراف بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات، والاعتراف باستقلال التحكيم، حيث إن الأمر الأول هو مقصود الاتفاقية، أما الأمر الثاني فالنص لم يتعرض له من قريب أو بعيد، والقول بغير ذلك يعد من قبيل تحميل النصوص بما لا تحتل.

وعلى صعيد متصل، ذهب جانب من الفقه^(٩١) إلى أن المادة (١/٥ - أ) من اتفاقية نيويورك سألقة الذكر التي نصت على أنه يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو رفض تنفيذه إذا ما تمكن الطرف الصادر ضده الحكم من إقامة الدليل على أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحاً طبقاً للقانون المطبق من الأطراف، أو قانون البلد الذي صدر فيه الحكم في حال غياب اتفاق للأطراف بخصوص هذا الأمر، إلا أن هذا يعد اعترافاً ضمنياً باستقلال شرط التحكيم حيث إن نص المادة بهذا المعنى يسمح بإخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانوني مستقل عن النظام القانوني للعقد.

يبدو لنا أن هذا الاتجاه كسابقه، قد خلط بين رفض الاعتراف بحكم التحكيم، واستقلال اتفاق التحكيم، فالنص السابق جاء لبيان إحدى حالات رفض الاعتراف بحكم التحكيم، وذلك في حال عدم صحة اتفاق التحكيم، ولم يتعرض لمسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

(٩٠) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ١٤٦.

(٩١) راجع: Emmanuel Gaillard - John Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration, Kluwer Law International, 1999, p 586.

٢/ الاتفاقيات الدولية التي اعترفت باستقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار:

نصت المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم الدولي الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة على أن " شرط التحكيم الذي يعد جزءاً من العقد يعتبر كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن بقية شروط العقد، كما أن تقرير محكمة التحكيم بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم" (٩٢).

أيضاً أكدت غرفة التجارة الدولية هذا المبدأ في المادة (٩/٦) من نظامها التحكيمي حيث نصت هذه المادة على " ما لم يتفق على خلاف ذلك ، لا يترتب على الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم مادام قد انتهى إلى صحة اتفاق التحكيم ، ويظل المحكم مختصاً حتى في حال انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم" (٩٣).

فمثل هذه الاتفاقيات تؤكد بوضوح استقلال اتفاق التحكيم، وتدعم خصوصية هذا الاتفاق في مواجهة عقد الاستثمار، وهو الموقف الغالب لدى الاتفاقيات الدولية، ذلك أنه حتى الاتفاقيات التي لم تصرح بمبدأ الاستقلال، فإن هذا لا يعني أنها تقر مبدأ الاستقلال، الذي يعد الآن من الثوابت في قضاء التحكيم.

ثانياً/ موقف القضاء:

وعلى صعيد الأحكام القضائية، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها

(٩٢) راجع في ذلك:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

(٩٣) راجع في ذلك:

"Unless otherwise agreed, the arbitral tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any allegation that the contract is non-existent or null and void, provided that the arbitral tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The arbitral tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the parties' respective rights and to decide their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void".

ICC Rules of Arbitration, available at:

http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_6

الصادر في قضية (Gosset) في مايو ١٩٦٣ أن اتفاق التحكيم سواء كان مبرماً على نحو منفصل أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل، بحيث لا يتأثر بما قد يلحق العقد من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية^(٩٤).

أيضاً أكدت محكمة استئناف كولمار الفرنسية في قضية (Impex) التي صدر الحكم فيها في نوفمبر ١٩٦٨، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عما يلحق العقد المدرج فيه من بطلان أو فسخ. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المقدم ضد هذا الحكم الصادر، وأكدت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذي يتضمنه^(٩٥).

هذا وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي^(٩٦) متأثراً بهذا التأييد القضائي الواسع، إلى حد القول بأن استقلال اتفاق التحكيم يعد قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم في القانون الفرنسي، وليس مجرد قاعدة تنازع، بمعنى أن اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي بصرف النظر عن موقف القانون الأجنبي المحتمل التطبيق على العقد.

أيضاً ذهبت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية " Flood and Conkin " إلى أن اتفاق التحكيم يعد منفصلاً ومستقلاً عن العقد المدرج به اتفاق التحكيم^(٩٧).

كما أن القضاء الانجليزي قد عدل عن موقفه الرافض لاستقلال اتفاق التحكيم، وذلك كما بينت أحدث أحكامه، الصادرة في قضية Harbour v. kansa حيث أكد استقلال شرط التحكيم عن العقد المدرج فيه^(٩٨).

(٩٤) راجع في ذلك: Gosset c. Carapelli, Rev. arb, 1963, available at: www.courdecassation.fr/...cour.../no_589_1737/

(٩٥) راجع في ذلك: Impex v. PAZ, Rev. Arb, 1968, available at: http://www.slc-dip.com/spip.php?page=ispip-rticle&id_article=136

(٩٦) راجع في ذلك: Emmanuel Gaillard, International commercial arbitration, Kluwer law international, 1999, p564.

(٩٧) راجع في ذلك: U.S. Supreme Court, Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967).

(٩٨) راجع في ذلك: Harbour Assurance Co (Uk) Ltd -v- Kansa General International Insurance Co Ltd ,1993.

المطلب الثاني الآثار المترتبة على استقلالية شرط التحكيم في عقد الاستثمار

٢٥- مما لا شك فيه أن مضمون مبدأ استقلالية شرط التحكيم وتبريراته، وما شاهده من تأييد واسع من جهات مختلفة، أمر ليس مقصوداً لذاته، وإنما لغاية وحكمة، تتمثل في تمكين التحكيم كوسيلة اتفاقية لفض المنازعات من القيام بدورها في حفظ التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار.

ويتجلى دور التحكيم في هذا الشأن بالنظر إلى الآثار المترتبة على استقلاله، والتي تتمثل في عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير عقد الاستثمار، وخضوع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن قانون عقد الاستثمار، وذلك على التفصيل التالي:
أولاً/ عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير عقد الاستثمار:

٢٦- يأتي على رأس الآثار المترتبة على استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار، عدم تأثر شرط التحكيم بالعوارض التي تلحق بعقد الاستثمار، والتي من شأنها أن تؤدي إلى إبطاله أو فسخه، وبالتالي فالادعاء بأن عقد الاستثمار باطل أو مفسوخ، أو أن الالتزامات الناشئة عنه تم تجديدها لا يؤدي إلى المساس بشرط التحكيم، ومن ثم إمكانية اللجوء للتحكيم وفق المتفق عليه رغم إبطال عقد الاستثمار أو فسخه.

وما من شك في أن لهذا الأمر عظيم الأثر في حفظ توازن عقد الاستثمار، فمن المتصور بشدة أن يتعرض عقد الاستثمار للبطلان على إثر إحاطة إبرامه بالعديد من الإجراءات والموافقات الإدارية المعقدة، التي قد يؤدي غيابها إلى انعدام تحقق الرضا اللازم لإبرام العقد، أو أن المتعاقد مع المستثمر لا يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام مثل هذه العقود، أو أن يحدث غلطاً في بعض عناصر العقد الجوهرية في أثناء التعاقد، وذلك على النحو الذي يجعل العقد مهدداً بالحكم

بإبطاله. من ناحية أخرى قد يهدد عقد الاستثمار بالفسخ، وذلك على إثر تخلف أحد أطراف العقد عن تنفيذ التزاماته التي تعهد بها تجاه الطرف الآخر، بسبب تقلب الظروف الاقتصادية المحلية أو العالمية، وذلك على النحو الذي يدفع بالطرف المناظر للمطالبة بفسخ العقد.

كل هذه الظروف وغيرها من شأنها أن تؤثر في صحة عقد الاستثمار أو حتى في وجوده، ومن ثم إذا ما انفصل مصير التحكيم عن مصير عقد الاستثمار، فإن ذلك من شأنه أن يشكل ضماناً كبيراً لتمكين التحكيم من مواجهة الاختلالات الاقتصادية لعقد الاستثمار على إثر حدوث أي من الظروف السابقة، خاصة في ظل ما يتمتع به التحكيم من خصوصية في معالجة هذه الآثار بما يضمن مواجهة الاختلالات التي تصيب هذا العقد، وذلك على عكس الحال تماماً إذا ما كان مصير اتفاق التحكيم مرتبطاً بمصير عقد الاستثمار.

وإذا كان ما سبق ذكره يتعلق بحالات إبطال عقد الاستثمار أو فسخه، فإن التساؤل يثور بخصوص حالات انعدام عقد الاستثمار أصلاً، كما لو كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتزوير التوقيعات الواردة عليه أو إذا كان محل العقد من الأشياء التي لا يجوز التعاقد عليها، على النحو الذي يجعل العقد هو والعدم سواء، فهل سيظل مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار قائماً ومعمولاً به رغم ذلك؟

اختلف الرأي بخصوص الإجابة عن هذا التساؤل إلى اتجاهين، وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول/ انعدام شرط التحكيم بالتبعية لانعدام عقد الاستثمار:

٢٧- تبنى هذا الاتجاه جانب من الفقه الفرنسي، حيث ذهب إلى التفرقة بين حال إبطال عقد الاستثمار وانعدام الوجود القانوني له، حيث يرى في الحال الأولى بقاء شرط التحكيم صحيحاً، أما في الحال الثانية فإن شرط التحكيم يتأثر بمصير عقد الاستثمار وينعدم كل أثر له. لكنه أضاف إلى ما سبق أن مجرد الادعاء

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

بانعدام عقد الاستثمار لا يكفي في حد ذاته لتقرير انعدام شرط التحكيم ومن ثم عدم صلاحية المحكم لنظر هذا الادعاء، بل يجب أن يعرض النزاع أولاً على المحكم ليفصل فيه، فإذا ما تيقن من انعدام الوجود القانوني لعقد الاستثمار وجب عليه أن يقضي بانعدام شرط التحكيم بالتبعية، خاصة إذا ما تبين له أن سبب انعدام عقد الاستثمار كان قائماً بخصوص شرط التحكيم^(٩٩).

هذا وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية الاتجاه ذاته في حكمها الصادر في قضية شركة (Cassia) بتاريخ ١٠ يولييه ١٩٩٠، حيث ذهبت إلى أن إقرار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مرهون بوجود العقد الأصلي المتضمن لهذا الاتفاق، وذلك في ضوء ما تقرره قواعد القانون الدولي الخاص التي تطبق على شكل العقد^(١٠٠).

الاتجاه الثاني/ عدم تأثر شرط التحكيم بالانعدام القانوني لعقد الاستثمار:

٢٨- على عكس الاتجاه السابق، ظهر اتجاه آخر يرى أن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلالية تامة ومطلقة في مواجهة ما قد يلحق عقد الاستثمار من بطلان أو انعدام، حيث يظل اتفاق التحكيم صحيحاً ومرتباً لآثاره في اللجوء للتحكيم لفض المنازعات الخاصة بعقد الاستثمار.

وقد تبنى هذا الاتجاه القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، حيث نصت المادة (١/٢٣) على أن " تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق باتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى، ولا يترتب تلقائياً على

(٩٩) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٤٧.
(١٠٠) راجع:

European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol.484 available at: <http://www.uncitral.org/uncitral/ar/index.html>

أي قرار ببطلان العقد بطلان اتفاق التحكيم" (١٠١).

جاء أيضًا في معاهدة جنيف الموقعة عام ١٩٦١ أن " لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءًا منه" (١٠٢).

وفى الاتجاه ذاته نصت لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس في المادة (٤/٨) على أن البطلان أو الانعدام المدعى بهما في شأن العقد لا يؤديان إلى عدم اختصاص المحكم (١٠٣).

أيضًا ذهبت لائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية الصادرة في مايو ١٩٩٢ في المادة (١/١٥) إلى تبني ذات الاتجاه (١٠٤).

نصت كذلك المادة (٢/٢١) من مبادئ التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي على أن " يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءًا من عقد ما، وينص على إجراء التحكيم وفقًا لهذا النظام بوصفه اتفاقًا مستقلًا عن شروط العقد الأخرى" (١٠٥).

رأينا الخاص:

٢٩- ونحن من جانبنا نرى ضرورة التفرقة بين إبطال عقد الاستثمار وانعدامه وأثر كل منهما في اتفاق التحكيم، حيث إن إبطال عقد الاستثمار لا يستتبع إبطال شرط التحكيم إعمالاً لمبدأ استقلال كل منهما عن الآخر، والذي يستتبع النظر

(١٠١) راجع هذا القانون على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.uncitral.org/uncitral/ar/index.html>

(١٠٢) راجع:
European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol.484 available at:
<http://www.uncitral.org/uncitral/ar/index.html>

(١٠٣) راجع:
ICC arbitration Rules, available at:
www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/request_arbi.pdf

(١٠٤) راجع:
List of international arbitration body to the American Arbitration, available at:
www.asil.org/arb1.cfm

(١٠٥) مبادئ التحكيم الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، متاح على العنوان الإلكتروني التالي:
http://www.crcica.org.eg/Crcica_ar_Rules.pdf

للتحكيم على أنه اتفاق مستقل عن عقد الاستثمار. يضاف لهذا أن أسباب إبطال عقد الاستثمار (الغلط والتدليس والإكراه) ذات أثر نسبي يقبل معها أن يكون العقد باطلاً في جزء منه وصحيحاً في جزء آخر، الأمر الذي يجعل هذه الحالات هي المناط الحقيقي لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار. أما في حال انعدام عقد الاستثمار فهي تعكس فقدان هذا العقد لكل أثر قانوني بصورة شاملة، أي على نطاق العقد بأسره بما فيها اتفاق التحكيم، الأمر الذي لا يقبل معه تجزئة العقد وتقرير استقلال شرط التحكيم في مواجهة عقد الاستثمار في هذه الحال.

لكن يبقى مع ذلك تحفظ بخصوص التشكيك في انعدام الأثر القانوني لعقد الاستثمار، حيث إنها مسألة يجب أن يتم التأكد منها بمعرفة هيئة التحكيم، فمجرد الادعاء بانعدام عقد الاستثمار لا يكفي لاستبعاد اختصاص هيئة التحكيم، بل يجب على هذه الهيئة أن تتصدى لبحث هذا الأمر، بحيث إذا ما ثبت لها عدم جدية هذا الدفع، فعليها أن تحتفظ بكامل سلطتها في التصدي للنزاع، أما إذا ثبت لها جدية الدفع فعليها أن تقرر عدم اختصاصها في نظر النزاع لانعدام اتفاق التحكيم بالتبعية. ولا يقبل الربط بين مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم، حيث إن أثر أعمال المبدأ الأول يتمثل في تمكين المحكم من الفصل في اختصاصه عند المنازعة فيه بعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه بعيداً عن صحة أو عدم صحة عقد الاستثمار. أما المبدأ الثاني فأثره يستهدف تقرير بقاء اتفاق التحكيم قائماً ومنتجاً لآثاره رغم بطلان أو فسخ عقد الاستثمار، وتطبيقاً لذلك يظل المحكم مختصاً بالفصل في النزاع المثار رغم بطلان عقد الاستثمار، وبناء عليه لا يوجد ترابط بين مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

وعن التأييد الذي بدا في موقف كل من الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي ١٩٦١، والقانون النموذجي الصادر عن لجنة القانون التجاري

الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة ١٩٨٥، ولائحة التحكيم الصادرة عن الجمعية الأمريكية للتحكيم، فهو تأييد محل تحفظ، فالقانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة (المادة ٢٣/١) قد عالج حال إبطال العقد ولم يرد به ذكر لحال انعدامه، الأمر الذي يمكن معه القول إن هذا القانون يفرق بين إبطال العقد وانعدامه، فإذا اعترف بعدم تأثر شرط التحكيم بما يلحق عقد الاستثمار من إبطال، فهو ضمناً لا يقرر الحكم ذاته في حالة انعدام العقد. أما بخصوص لائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية الصادرة في مايو ١٩٩٢ في المادة (١/١٥) فالملاحظ على النص الوارد في هذا اللائحة أنه قرر فقط استقلال اتفاق التحكيم، ولم يتعرض لحالات الإبطال والانعدام، الأمر الذي لا يمكن الاعتماد عليه في تقرير عدم تأثر اتفاق التحكيم بانعدام العقد.

ثانياً/ خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له عقد الاستثمار:

٣٠- من الضمانات القوية لتفعيل دور التحكيم في حفظ التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار خضوعه لقانون آخر غير القانون الذي يسري على هذا العقد. يستوي في هذا أن يكون خضوع اتفاق التحكيم لقانون محدد إعمالاً لقواعد الإسناد التقليدية، أو إلى قواعد مادية بما يتفق مع الطابع الدولي للتحكيم.

ويعد هذا الأمر من الآثار التي تترتب أيضاً على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، ويبرر بأنه قد يحدث أن يكون القانون الحاكم لعقد الاستثمار لا يتضمن قواعد مناسبة لتفعيل دور التحكيم لحفظ توازن هذا العقد، الأمر الذي يتيح المجال للأطراف بأن يتفقوا على الاستعانة بقانون آخر ينظم التحكيم ويراعي خصوصية ما يثور عن عقد الاستثمار من منازعات. وتزداد أهمية هذا الأمر في حال الاتفاق على التحكيم بعد نشوب النزاع، حيث ستتاح الفرصة للاتفاق على قانون يسري على التحكيم يتناسب مع ظروف النزاع، ومقتضياته.

٣١- هذا وقد شهد هذا المبدأ تأييداً واسعاً من أحكام القضاء، والفقه، وأحكام

التحكيم، وذلك على التوضيح التالي:

أولاً/ موقف أحكام القضاء الوطني:

قد أكد هذا المبدأ العديد من أحكام القضاء الوطني؛ فقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر عام ١٩٧٣ إلى "عدم ضرورة خضوع تنفيذ اتفاق التحكيم إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي الذي يتضمن اتفاق التحكيم" (١٠٦).

كما ذهبت المحكمة ذاتها في حكمها الصادر عام ١٩٨٣ إلى رفض الدفع ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى أن هيئة التحكيم لم تطبق للفصل في مسألة اختصاصها القانون الذي يحكم موضوع العقد الأصلي، حيث إن القانون الواجب التطبيق على الموضوع مختلف عن القواعد التي تنظم مسألة الاختصاص (١٠٧).

أيضاً ذهبت المحكمة العليا بفرنسا في حكمها الصادر عام ١٩٩٢ في قضية Sonetex إلى إقرار ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس من أن موضوع شكل وإثبات اتفاقات التحكيم يتم الفصل فيه في ظل قانون غير قانون العقد الأصلي بالنظر لاستقلال هذه الاتفاقات عن العقد الأصلي (١٠٨).

- موقف الفقه القانوني:

عن موقف الفقه القانوني فقد سار على خطي أحكام القضاء سالفة الذكر، حيث قرر أنه على الرغم من أن تقدير وجود اتفاق التحكيم وصحته مسألة يتعين الفصل فيها في ضوء نظام قانوني موضوعي، إلا أن استقلالية اتفاق التحكيم تفرض أن قبول هذا القانون لا يشترط بالضرورة أن يكون هو ذاته القانون الذي

(١٠٦) راجع:

Jean-Louis Delvolvé, Gerald Pointon, French Arbitration Law and practice, Wolters Kluwer, Second Edition, 2009, p 81.

(١٠٧) راجع:

Jean- Jacques Arnaldez & Yues Derains & Dominique Hascher, collection of ICC Arbitral awards 1996-2000, Kluwer law International, 2003, p 453.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 03 mars 1992, 90-17024.

(١٠٨) راجع:

يخضع له العقد الأصلي^(١٠٩).

أيضاً ذهب جانب آخر من الفقه في الاتجاه ذاته مقررًا أن من أهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم إمكانية إخضاع هذا الاتفاق لقانون غير قانون العقد الأصلي، حيث يتمتع أطراف العقد بحرية في اختيار قانون معين ليحكم اتفاق التحكيم غير قانون العقد الأصلي، كما أنه في الحالات التي يقومون فيها باختيار قانون ليحكم العقد بصورة صريحة فإن هذا لا يعني إخضاع اتفاق التحكيم للقانون المختار^(١١٠).

- موقف أحكام التحكيم الدولية:

أقر العديد من أحكام التحكيم خضوع اتفاق التحكيم لقانون غير قانون العقد الأصلي، ومن أهمها:

حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية ICC في القضية رقم ١٥٠٧ لعام ١٩٧٠، في القضية التي ثارت بين شركة ألمانية وشركة من جنوب شرق آسيا، حيث ذهبت هيئة التحكيم إلى أن إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي، ومن ثم فإن اتفاق الأطراف على خضوع موضوع النزاع للقانون الألماني لا يعني أن صحة اتفاق التحكيم يتم تقريرها في ضوء الشروط الشكلية للقانون الداخلي الألماني^(١١١).

أيضاً ذهبت غرفة التجارة الدولية في حكم التحكيم التمهيدي الصادر في القضية رقم (٥٠٦٥) عام ١٩٨٦، إلى أن من الأمور التي تشهد استقراراً في قضاء التحكيم أن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي ليس من الضروري أن يكون القانون ذاته الذي يخضع له اتفاق التحكيم بما في ذلك مسألة وجود اتفاق التحكيم

(١٠٩) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٤٨.

(١١٠) د. سراح حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

(١١١) راجع:

ICC, Award, No 1507, (1970), German Company v south Eastern Asian state, 101, J.D.I, 913.

ذاته^(١١٢).

وفى الاتجاه ذاته قرر حكما التحكيم الصادران عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم (٤٥٠٤) عام ١٩٨٥ أنه نظراً لمبدأ استقلال التحكيم، فإن هذا الاتفاق في قضايا التحكيم الدولية يمكن أن يخضع لقانون آخر غير القانون الحاكم للعقد الأصلي^(١١٣).

المبحث الثالث

اعتبار اتفاق التحكيم من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس

٣٢- إذا كان التحكيم يحتل أهمية كبرى في نظر المستثمر، وضمانة مهمة لا غنى له عنها بأي حال، فإنه يعتقد في الوقت ذاته أن استفادته الكاملة من التحكيم لن تتحقق إلا إذا احتفظ باتفاق التحكيم بالصورة التي تم الاتفاق عليها عند الموافقة على العقد ضد أية محاولات من الدولة لتعديله أو إلغائه، سواء بإصدار تشريعات جديدة تغاير تلك التي تم الاتفاق على التحكيم في ظلها، أو انفراد الدولة بتعديل الاتفاق دون الرجوع للمستثمر في ذلك، وذلك بموجب ما تملك من سلطات سيادية قد تلجأ لاستخدامها في بعض الأحيان. والأمر على هذا النحو من شأنه أن يشكك في دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار خاصة في نظر المستثمر، مادامت الدولة تملك في أي وقت أن تعدل أو تلغي ما تم اتفاق التحكيم عليه.

وعلى إثر ذلك، يجد المستثمر ضالته المنشودة لحماية اتفاق التحكيم، ومن ثم احتفاظه بقدرته على حفظ التوازن الاقتصادي لهذا العقد في شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس.

(١١٢) راجع:

Award made in 1986, ICC proceeding No 5065, clunet 1987, 1039, referred to Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2 edition, Kluwer Law International, 2001, p 239.

(١١٣) راجع: ICC, Case, No 4504, ICC arbitral awards, 1986, p 279.

ويقتضي التعرض لهذه الضمانة، الوقوف بدقة على المقصود بشرطي الثبات التشريعي وعدم المساس، وبحث مدى اعتبار التحكيم من قبيل هذه الشروط، بالنظر إلى ارتباط هذا الأمر بشدة بحفظ التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

ماهية شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس في عقود الاستثمار Stabilization Clauses in Investment Agreements

٣٣- تبدو أهمية التعرف على ماهية شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس في عقود الاستثمار، وذلك للوقوف على مدى اعتبار اتفاق التحكيم من قبيل هذه الشروط من عدمه، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً/ المقصود بشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار:

٣٤- يقصد بشرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار، تعهد الدولة المضيفة بوصفها طرفاً في العقد بضمان عدم تطبيق أي تشريع أو لائحة جديدة على هذا العقد، الذي أبرم في ظل نظام قانوني سابق. أو التزام الدولة بألا تعدل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد^(١١٤).

فالمهدف من شرط الثبات التشريعي تجميد سريان التشريعات الصادرة بعد انعقاد عقد الاستثمار عليه، بغية الحد من مخاطر استعمال الدولة لسلطاتها الاستثنائية المتمثلة في تعديل اقتصاديات العقد^(١١٥).

(١١٤) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧١٣.
(١١٥) راجع:

Morgan Mukwasa, international trade and investment law in Africa (LLM), faculty of law-pretoria university, 2009, p 7; Cotula, Lorenzo, (august 2007). " Foreign investment contracts", op. cit, p2.

والمستقر عليه بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي أنه يعد استثناء على الأثر الفوري والمباشر لسريان القانون الجديد، فإذا كان الأخير من الواجب سريانه بمجرد صدوره على كافة العقود التي تكون قد أبرمت في ظل القانون القديم، فإن شرط الثبات التشريعي يهدف إلى عدم سريان القانون الجديد على هذا العقد، ومن ثم استمرار سريان القانون القديم بكل ما يتضمنه من مزايا

ويعد شرط الثبات التشريعي وسيلة تعاقدية قديمة كان الهدف منها مواجهة تدخل الدولة في عقود الاستثمار. وقد وصفه بعض الفقه بأنه نوع خاص من اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد^(١١٦).

ويظهر شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار بوجوه عدة؛ فقد يكون هذا الشرط شرطاً عاماً يهدف إلى تعطيل القوانين كافة المستحدثة الصادرة عن الدولة بعد إبرام عقد الاستثمار. وقد يكون شرطاً خاصاً يهدف إلى عدم تطبيق تشريعات معينة (كالقوانين الخاصة بنزع الملكية، أو شهر الإفلاس، أو الضرائب، أو الجمارك). كما قد يكون شرط الثبات شرطاً مطلقاً؛ يحول دون تطبيق الدولة لأي تشريع يصدر عنها، أو يكون شرطاً نسبياً؛ يهدف إلى منع تطبيق القوانين التي تضر بمصالح المستثمر فقط^(١١٧).

ويرى البعض^(١١٨) أن شرط الثبات التشريعي يعد وسيلة من الوسائل التي يتم اللجوء إليها لتدويل عقد الاستثمار، باعتباره يجمد تطبيق القوانين الوطنية على العقد، ويستبدل بها القانون الدولي ومبادئه.

ويسعى المستثمر إلى تأكيد شرط الثبات التشريعي بشرط آخر يعرف بشرط إعادة التوازن الاقتصادي (Economic equilibrium clauses)، وهو شرط يتم من خلاله الاتفاق على أنه إذا ما صدر عن الدولة أية تشريعات قانونية أو أحكام قضائية أو صدقت على معاهدة دولية كان لها تأثير سلبي في المشروع الاستثماري، أو أثرت في حجم المنفعة التي تعود على هذا المشروع، أو خفضت

للمستثمر، ومن ثم إذا أرادت الدولة أن تلزم المستثمر بمرئ التشريعات الجديدة على للعقد، فله اللجوء للقضاء للحيلولة دون وقوع ذلك. د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧٢٨.

(١١٦) راجع: LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 949.

(١١٧) د. سراح حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ١١٢.

(١١٨) راجع: LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 949.

من قيمة أسهمه، فإن الدولة تلتزم بأن تعيد التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار كما كان عليه الحال قبل التغيير، أو تدفع تعويضاً للمشروع عما لحق به من أضرار.

ومن أمثلة العقود التي تضمنت شرط إعادة التوازن الاقتصادي اتفاق المشروع الدولي (IPA) المبرم بين دول بنين وغانا ونيجيريا من جهة وشركة خط أنابيب الغاز لغرب إفريقيا (WAGP) عام ٢٠٠٣، حيث جاء في البند (٣٦) من العقد بأنه إذا تم تغيير التنظيم القانوني (تشريعات أو أحكام قضائية أو اتفاقيات دولية)، وذلك على النحو الذي أضر بالوضع الاقتصادي للشركة، فإن الدولة ملزمة بتمكين الشركة من استعادة وضعها الاقتصادي مرة أخرى، وإلا عليها دفع تعويض نقدي يعادل ما تكبدته الشركة من خسائر^(١١٩).

وتدفع بعض الدول وهي في سبيلها لطمأنة المستثمر إلى حد تأكيد التزامها بالثبات التشريعي في عقود الاستثمار من خلال تضمين قوانينها الوطنية نصوصاً تلزمها بعدم سريان تشريعاتها الصادرة بعد إبرام عقد الاستثمار^(١٢٠).

ومما لا شك فيه أن شروط الثبات التشريعي تشكل اعتداءً سافراً على سلطة الدولة التشريعية، وممارستها لسلطاتها السيادية على إقليمها، وذلك من خلال تجميد ما يصدر عنها من قوانين وعدم سريانها على عقود الاستثمار المتضمنة لشرط الثبات التشريعي^(١٢١). لكن يسعى البعض للتخفيف من غلواء هذا الأمر بالقول إنه حتى ولو كانت شروط التثبيت التشريعي باطلة وفقاً للقانون الوطني، فإنها تظل رغم

(١١٩) راجع: Cotula, Lorenzo, (august 2007). " Foreign investment contracts', op.cit, p3. وقد تبني هذا الاتجاه قانون البترول الإيراني الصادر عام ١٩٥٧، والذي نص على " أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي من مدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى ولا في مدد تجديده"، أيضاً نص القانون الليبي الصادر ٢٠ نوفمبر ١٩٥٥ في المادة (٢٤) منه على ما يفيد بأن التعديلات التي تتم بعد إبرام العقد لا تمس بالامتيازات المقررة فيه". أيضاً جاء في قانون الاستثمار العراقي الصادر سنة ٢٠٠٦ في المادة (١٣) منه على أن " أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه".

(١٢١) راجع:

Mato, Hadiza Tijjani, The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements, op. cit, p34.

ذلك ملزمة للدولة بموجب القانون الدولي، خاصة إذا كان عقد الاستثمار يتضمن شرط التحكيم، أو اختيار شرط في القانون يؤدي إلى فض منازعة الاستثمار عن طريق التحكيم، أو اتفاق يقضي بتطبيق القانون الدولي أو شرط التحكيم الدولي^(١٢٢). وتسعى الدول دائماً إلى الاعتراض أمام هيئات التحكيم على شرط الثبات التشريعي للمطالبة بإبطاله، بدعوى أن مثل هذا الشرط يمثل تنازلاً من الدولة عن سيادتها، وهو ما لا تملكه الدولة، حيث إن سيادتها أمر غير قابل للتصرف فيه^(١٢٣).

والملاحظ أن هذه الادعاءات قد قوبلت بالرفض من بعض هيئات التحكيم. ففي قضية شركة AGIP Co. Sp A ضد جمهورية الكونغو الشعبية ذهبت هيئة التحكيم إلى أن شرط الاستقرار التشريعي تقبله الدولة بحرية، ومن ثم لا يمكن القول إنه يمثل انتهاكاً لسيادتها التشريعية، فمنذ أن يتم الاتفاق على هذا الشرط من الدولة في علاقتها مع المستثمر سواء كان وطنياً أم أجنبياً، فيجب احترام هذا الاتفاق، بحيث لا يحتج على هذا المستثمر بأي تغيير يتم في التشريعات أو القوانين التي كانت سائدة وقت إبرام الاتفاق^(١٢٤).

هذا وقد تم تناول مسألة شرط الثبات التشريعي أيضاً في قضية شركة تكساس ضد دولة ليبيا، حيث إن شرط الثبات قد تمت الموافقة عليه في ظل تشريعات معينة، ومن ثم لا يجوز تغيير النظام القانوني إلا بموافقة الأطراف. فقد أكدت هيئة التحكيم أنه إذا كان يجوز لدولة ليبيا أن تصدر قراراً بتأميم ممتلكات الشركة بموجب سلطاتها السيادية، لكن لا يجوز لها أن تؤمم الحقوق التعاقدية للشركة الناشئة عن

(١٢٢) راجع:

LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 949.

(١٢٣) راجع:

Mato, Hadiza Tijjani, The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements, op. cit, p34.

Ibid, p34.

(١٢٤) راجع:

ثانيًا/ المقصود بشرط عدم المساس في عقود الاستثمار:

٣٥- يعرف شرط عدم المساس في عقد الاستثمار بأنه ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة المضيفة للاستثمار بمقتضاه بعدم انفرادها بتعديل العقد بإرادتها المنفردة. فشرط عدم المساس ضماناً الهدف منها تجنب المستثمر استعمال الدولة لسلطتها بوصفها صاحبة سيادة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى المستثمر.

ويلاحظ أنه على الرغم من الاختلاف الظاهري بين شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس، فإن نقطة الالتقاء بينهما بخصوص عقد الاستثمار تتمثل في أن الهدف من كل منها الحفاظ على ثبات مضمون العقد بالحال التي أبرم عليها. فكل منهما يحقق ويجسد فكرة الأمان القانوني للمستثمر في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار.

وتجد فكرة شرط عدم المساس أساسها التاريخي في أن معظم البلدان التي نالت استقلالها السياسي سعت لاستكمال هذا الاستقلال من خلال استعادة السيطرة على مواردها الاقتصادية التي استنزفت عبر عقود الاستثمار، والتي كانت مطية المستثمر لذلك.

وقد سعت هذه الدول لتحقيق هذا الهدف إما من خلال محاولة إعادة التفاوض حول شروط هذه العقود لمحاولة إعادة التوازن الاقتصادي لها، أو من خلال تأميم هذه المشروعات الاستثمارية^(١٢٦). وأياً ما كان الطريق المتبع من الدولة المضيفة للاستثمار فإنها كانت تشكل إزعاجاً كبيراً بالنسبة إلى المستثمر، الذي بنى توقعاته وآماله على ما تم الاتفاق عليه في عقد الاستثمار عند إبرامه، خاصة إذا كان قد

Ibid, p34.

(١٢٥) راجع:

(١٢٦) وتجد الدول دائماً في قرار التأميم عملاً مشروعاً، خاصة أنه يهدف إلى حماية مواردها الطبيعية، كما أنها تسعى لتحقيق مصلحة مشروعة من ورائه، يضاف لكل ذلك أنها تعمل على تعويض المستثمر من جراء هذا القرار.

LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op .cit, p 949.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

حصل على مجموعة من الامتيازات والمزايا الاستثمارية، كما أنه قد بني توقعاته على ما جاء في العقد من شروط. من ناحية أخرى يثقل كاهل المستثمر بالعديد من الديون على إثر إنشاء مشروعه الاستثماري نتيجة ما يحتاجه هذا المشروع من تمويلات ضخمة، وهو يعتمد في الغالب في سداد هذه الديون على ما بناه من توقعات حول الأرباح التي سيجنيها من وراء العقد^(١٢٧).

ولم يجد المستثمر سبيلاً لتجنب تدخل الدولة في عقود الاستثمار سوى التمسك بشرط عدم المساس، الذي من شأنه منع الدولة من الانفراد بتعديل عقد الاستثمار بإرادتها المنفردة^(١٢٨).

ومما لا شك فيه أن شرط الثبات التشريعي يعود بالفائدة على المستثمر، حيث إنه في ظل أقل التقديرات سوف يقوي من سلطة المستثمر التفاوضية، كما أن وجوده يمكن أن يدعم دور هيئة التحكيم، أثناء سعيها لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد على إثر إصدار الدولة لتشريعات مغايرة لتلك التي أبرم عقد الاستثمار في ظلها^(١٢٩).

وتعد شروط الثبات التشريعي وعدم المساس من أقوى الضمانات التي يعتمد عليها المستثمر، وذلك لما توفره هذه الضمانات من الثقة والأمان لدى المستثمر، وتحد من كثير من المخاطر التي يخشى دائماً التعرض لها. فالمستثمر ينظر إلى المزايا والضمانات الضريبية والجمركية على أنها ضمانات عديمة الجدوى، ما لم تحصن بشروط الثبات التشريعي وعدم المساس^(١٣٠).

(١٢٧) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧٠٤.

(١٢٨) راجع:

LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op .cit, p 949.

(١٢٩) راجع:

Mato, Hadiza Tijjani, The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements, op. cit, p34.

(١٣٠) راجع:

LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge

هذا وقد سعى العديد من الاتفاقيات الثنائية إلى تأكيد الأثر القانوني لشروط الثبات التشريعي وعدم المساس به، وضرورة احترام الدولة المستضيفة للاستثمار لتعهداتها الخاصة بهذه الشروط، وذلك إلى الحد الذي يجعل الدولة المستضيفة للاستثمار مسئولة دوليًا في حال مخالفة هذه التعهدات^(١٣١).

وفى ظل الأهمية التي تحتلها هذه الشروط باعتبارها من أهم الضمانات التي يسعى المستثمر للتحصن بها في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار^(١٣٢)، يثور التساؤل عن مدى صحة الاتفاق على اعتبار شرط التحكيم من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس؟

المطلب الثاني

مدى صحة اعتبار شرط التحكيم في عقد الاستثمار من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس

٣٦- شهد الفقه القانوني وأحكام التحكيم اختلافًا بصدد تقرير مدى صحة اعتبار شرط التحكيم من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس، وقد كانت من أقوى الوقائع التي تسببت في هذا الاختلاف، وكشفت في الوقت ذاته النقاب عن خطورة التصرفات الانفرادية من الدولة ضد شرط التحكيم في عقود الاستثمار، قضية Societe des Travaux de Marseille V Repuplic populaire du Grands Bangladesh، التي تتلخص وقائعها فيما يلي^(١٣٣):

for state police powers ?, op. cit, p 949.

Cotula, Lorenzo, " Foreign investment contracts', op. cit, p2

(١٣١) راجع:

(١٣٢) تجب ملاحظة أن هناك العديد من الضمانات التي يسعى المستثمر إلى تحصين نشاطه الاستثماري بها، حيث يسعى غالبًا إلى توزيع مخاطر الاستثمار بإشراك البنوك والشركات من ناحية، والسعي إلى التأمين ضد مخاطر الاستثمار لدى شركات التأمين ضد تقلبات السياسة، بل وأيضًا اللجوء إلى الطرق الدبلوماسية في بعض الأحيان لمواجهة ما يهدد المشروع الاستثماري.

Mato, Hadiza Tijjani, The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements, op. cit, p34 .

(١٣٣) راجع:

Georg Schwarzenberger- Bin Cheng- Edward Duncan Brown, Contemporary problems of international law, Taylor & Francis, 1988, p 192; Cotula, Lorenzo, (august 2007). " Foreign investment contracts', op. cit, p2.

قامت هيئة التنمية الصناعية في باكستان الشرقية (وهي شركة مملوكة بالكامل للحكومة الباكستانية) بإبرام عقد مع شركة SGIM لمد خط أنابيب الغاز الطبيعي في باكستان، وقد كان ذلك في عام ١٩٦٠. وقد تم الاتفاق على خضوع هذا العقد لأحكام القانون الباكستاني، كما تم الاتفاق على فض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذه أو تفسيره للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، على أن يتم التحكيم في جنيف بسويسرا.

وبتاريخ ٧ مايو عام ١٩٧٢ تم لجوء الطرفين للتحكيم على أثر منازعة الطرف الباكستاني في مطالبة الشركة الفرنسية له بمبلغ ١٢ مليون فرنك فرنسي. وعلى إثر اللجوء للتحكيم قام رئيس دولة باكستان (بنجلاديش في ذلك الوقت) بإصدار عدة مراسيم بأثر رجعي، جاءت على النحو التالي:

المرسوم الأول: نص على تأسيس هيئة التنمية الصناعية البنغالية (BIDC) بسبب انقضاء هيئة التنمية الصناعية الباكستانية، على أن تنتقل للأولى كل الأصول المملوكة للثانية، بالإضافة إلى الديون والمسؤوليات، وذلك بأثر رجعي يترد إلى ٢٦ مارس ١٩٧١، ما لم تر حكومة بنجلاديش غير ذلك.

وما يخصنا في هذا المرسوم أنه أوضح أن " كل إجراءات التحكيم التي تكون هيئة التنمية الصناعية الباكستانية قد ارتبطت بها تكون لاغية، ولن يكون لأي حكم تحكيمي تنتهي إليه هذه الإجراءات أي أثر أو إلزام سواء في مواجهة هيئة التنمية الصناعية الباكستانية أو البنغالية، وأن أي سلطة تمت ممارستها في إجراءات التحكيم بالنيابة عن الهيئة الباكستانية تعد باطلة و لاغية من تاريخ ٢٦ مارس ١٩٧١، وأن أي نص في العقد يخص تسوية المنازعات بطريق التحكيم يعد لاغياً ومعدوم الأثر".

المرسوم الثاني: صدر على إثر قيام هيئة التحكيم رغم المرسوم السابق بتحديد جلسة استماع في ٢٠ نوفمبر ١٩٧٢ للنظر في الطلب المقدم من الجانب الفرنسي

والخاص بإحلال الهيئة البنغالية محل الهيئة الباكستانية، حيث قرر رئيس الدولة في هذا المرسوم بأن حلول الهيئة الأولى محل الثانية مقصور على الديون والمسئولية في المسائل غير المتنازع فيها.

المرسوم الثالث: صدر في ١٥ نوفمبر ١٩٧٢ والذي قرر حل الهيئة الباكستانية ونقل ملكية أصولها إلى الحكومة البنغالية، كما منح الحكومة سلطة الوفاء على سبيل التفضل بأي مطالبات تتعلق بمسئولية الهيئة التي تم حلها والتي ترى الحكومة أنها مطالبات عادلة.

وعلى الرغم من المراسيم السابقة، فإن هيئة التحكيم قد أصدرت حكمها بتقرير المسئولية المشتركة لكل من الحكومة الباكستانية والهيئة التي تم حلها لصالح الشركة الفرنسية.

وقد قامت الحكومة البنغالية بالطعن على هذا الحكم أمام القضاء السويسري، الذي قضى بإلغاء حكم التحكيم، وكان من أهم الأسباب التي أرتكن عليها في إلغاء حكم التحكيم، أنه لا يوجد في القانون السويسري قاعدة قانونية تقضي بخضوع الشخص للتحكيم دون إرادته أو رغماً عنه.

وقد أثارت هذه القضية جدلاً بين رجالات القانون بمختلف انتماءاتهم، وذلك على النحو الذي دفع بعضهم إلى وصفها بالقضية المرعبة (Horror Case) (١٣٤).

ولاشك أن تفعيل الدولة لسلطاتها الاستثنائية في عقود الاستثمار بوصفها صاحبة سيادة كما حدث في الواقعة السابقة من شأنه أن يبعث الخوف في نفوس المستثمرين، مما سينعكس على زعزعة مناخ الاستثمار، وذلك على النحو الذي يُقوض تطلعاتها وآمالها في جذب الاستثمارات لديها، وما يرتبط بذلك من خطط التنمية الاقتصادية لديها.

(١٣٤) د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٥.

وقد أثارت هذه الواقعة جدلاً فقهيًا واسعًا حول مدى اعتبار اتفاق التحكيم من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول/ صحة اعتبار شرط التحكيم في عقد الاستثمار من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس:

٣٧- يرى أنصار هذا الاتجاه أن الاتفاق بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر على اعتبار اتفاق التحكيم من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس اتفاق صحيح ومرتبب لآثاره، من حيث التزام الدولة بعدم انفرادها بإلغاء شرط التحكيم أو تعديله دون الرجوع للمستثمر، كما يتمتع عليها إحداث أي تغييرات أو تعديلات تشريعية يكون من شأنها المساس باتفاق التحكيم^(١٣٥).

ويضيف أنصار هذا الاتجاه تأكيداً لصحة الاتفاق على تحصين شرط التحكيم ضد الإجراءات الانفرادية للدولة، بأن مثل هذا الاتفاق صحيح بصرف النظر عن أحكام النظام القانوني الواجب التطبيق وفقاً لما تشير إليه قاعدة الإسناد، حيث ينظر لاتفاق التحكيم في مثل هذه الحالة على أنه من قبيل القواعد المادية ذات التطبيق المباشر^(١٣٦).

وقد شهد هذا الاتجاه تأييداً واسعاً من العديد من أحكام التحكيم، كان أهمها ما جاء في قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول من أنه من المبادئ المستقر عليها أن ارتباط الدولة بشرط التحكيم بموجب عقد مبرم بواسطتها أو بواسطة إحدى الهيئات التابعة لها، لا يعطي لها الحق بعد ذلك أن تمنع الطرف الآخر المتعاقد معها من الالتجاء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الأطراف لحل

(١٣٥) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧٥١.

(١٣٦) راجع:

Wolfgang Peter-Jean Quentin de Kuyper - Bénédicte de Candolle, Arbitration and renegotiation of international investment agreements, Kluwer Law International, 1995, p 102.

النزاع الناشئ عن العقد المبرم بينهما^(١٣٧).

أيضاً جاء في قضية شركة Framatome التي اختصمت فيها الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية، الذي جاء في حكم التحكيم الصادر فيها " أنه يوجد مبدأ عام معترف به من الكافة يحظر على الدولة الإيرانية أن تنكر التعهد بالالتجاء إلى التحكيم سواء قامت بالاتفاق عليه بنفسها أو من خلال جهاز عام كالهيئة الإيرانية للطاقة الذرية، التي وافقت على الالتجاء للتحكيم^(١٣٨).

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي فيما ذهب إليه، فإنه لم يسلم من سهام النقد التي وجهت إليه على النحو التالي^(١٣٩):

(١) قيل إن شرط الثبات التشريعي بما يقتضيه من إنكار حق الدولة في تعديل تشريعاتها يعني إلزام الدولة باتباع سياسة الجمود والتحجر القانوني، بما يتنافى مع دورها في تطوير تشريعاتها، خاصة إذا كانت الظروف تدعو لذلك. يأتي هذا في ظل خصوصية عقد الاستثمار الذي يستمر تنفيذه فترات طويلة من الزمن، الأمر الذي يحتمل في ظلّه تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، على النحو الذي قد تحتاج معه الدولة بشدة تعديل تشريعاتها القائمة.

(٢) إن شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس من شأنها أن تتال من سيادة الدولة، من خلال حرمانها من تعديل تشريعاتها، أو استعمال سلطاتها الاستثنائية تجاه العقود التي تبرمها مع أفراد القانون الخاص.

(١٣٧) راجع:

"According to the customary practices of international trade, the arbitration clause inserted into an international contract has its own validity and effectiveness which require that its application be extended to the parties directly involved in the performance of the contract and any disputes which may result there from".

See: Cour d'appel de Paris, 11/01/1990, in re Orri c. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine, Revue de l'arbitrage, 1992, N° 1, ps. 95.

(١٣٨) راجع: ICC Case 3986 Framatome v Atomic Energy Organization of Iran, 30 April 1982, as published in Journal de Droit International (1984) 58-80.

(١٣٩) د. عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٧.

٣) أن شروط الثبات التشريعي وعدم المساس تتعارض مع الأصول المتبعة في مجال القانون الدولي الخاص لحل مشكلة تنازع القوانين، حيث إن إعطاء الأطراف السلطة في تحديد حالات سريان القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان هو اعتداء على سلطة المشرع الذي يملك هذا الحق دون أطراف العقد.

الرأي الثاني/ عدم صحة اعتبار شرط التحكيم في عقد الاستثمار من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس:

٣٨- وعلى إثر الانتقادات السابقة، ظهر اتجاه معاكس، يرى عدم صحة الاتفاق على تمتع شرط التحكيم في عقد الاستثمار بالثبات التشريعي أو عدم المساس، وأن مثل هذه الاتفاقات إذا ما وجدت فهي عديمة الأثر من الناحية القانونية. وقد برر أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأن شرط التحكيم في عقد الاستثمار شرط اتفاقي مثله في ذلك مثل باقي شروط العقد، لا يتمتع بقوة ملزمة أكثر من قوة العقد ذاته. يضاف لذلك أن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن حقها السيادي بوصفها مشرعاً يحق له إصدار تشريعات حديثة أو تعديل تشريعات قائمة إذا ما دعت الحاجة لذلك. كما لا يجوز لها التنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تعطيها الحق في إنهاء العقد وفقاً لما يحقق مصالحها.

ولم ينج هذا الرأي هو الآخر من النقد، الذي تأسس على صعوبة إهدار كل قيمة قانونية للتعهدات الصادرة عن الدولة بعدم المساس بحقوق والتزامات المستثمر. فحرص المستثمر على إدراج شروط عدم المساس أو الثبات التشريعي في عقد الاستثمار لا يدل على انعدام فعالية الأثر القانوني لهذه الشروط. كما أن إدراج مثل هذه الشروط من الدولة وهي تعلم أنها غير ذات جدوى في الحد من سلطتها، أمر يتنافى مع مقتضيات حسن النية التي يجب أن تتحلّى بها، خاصة إذا

كان المستثمر قد ربط إبرام عقد الاستثمار مع الدولة بوجود مثل هذه الشروط^(١٤٠). وقد جاء تطبيقاً لذلك ما جاء في حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في الطعن رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٢ في ١٩٩٧/٣/٩، وذلك على حكم التحكيم رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٥، حيث ذهبت المحكمة إلى صحة اتفاق حكم التحكيم بالاستناد إلى مبدأ حسن النية، وعدم جواز استناد الدولة على قيود تشريعية للتهرب مما اتفقت عليه بخصوص التحكيم^(١٤١).

الرأي الثالث/ تقدير صحة اعتبار شرط التحكيم من شروط الثبات وعدم المساس في ضوء قواعد القانون الدولي:

٣٩- ذهب جانب من الفقه^(١٤٢) إلى القول بضرورة تقدير صحة اعتبار اتفاق التحكيم من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس في ضوء قواعد القانون الدولي. وقد برر هذا الفقه موقفه بأمرين:

أ- الشك في التزام الدولة باحترام تعهداتها بالثبات التشريعي أو عدم المساس لاتفاق التحكيم، وفقاً لعقد الاستثمار أو وفقاً لأي قانون وطني.

ب- إن جعل الالتزام بالثبات التشريعي أو عدم المساس مصدره القانون الدولي الذي يمثل حائلاً دون استعمال الدولة لسلطاتها السيادية للتهرب من هذه

(١٤٠) المرجع السابق، ص ٩.
(١٤١) راجع هذا الحكم لدى: د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٣٠.
(١٤٢) وقد ظهر هذا الاتجاه على أثر تفاقم مشكلة حماية الاستثمارات الأجنبية داخل النظم القانونية للدول المضيفة للاستثمار، خاصة منذ أن بدأت سلسلة التأميمات للشركات صاحبة الامتياز على استخراج البترول في منطقة الشرق الأوسط في منتصف القرن الماضي. حيث إن المستثمرين لم يرضوا عن التعويض الذي قضت به المحاكم الوطنية، ولا عن أحكامها بالمصادرة. وقد تزامنت تلك الأحكام مع انهيار الكثير من الضوابط القانونية والسياسية الداعمة لهذه الامتيازات بعد الحرب العالمية الثانية. لذلك تسعى بعض الدول المستثمرة للاعتماد على نظريات دولية لإفلات عقد الاستثمار من القانون الوطني، والخضوع للنظام الدولي، تحت ما يسمى بتدويل العقد "internationalize contract".
LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 934.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

الالتزامات^(١٤٣). فهذا الرأي يرى أن الحل لمشكلة التغييرات التشريعية التي تطرأ بعد الاتفاق على التحكيم، أو احتمالات تفعيل الدولة لسلطاتها الاستثنائية والانفراد بإلغاء الشرط أو تعديله يكمن في اللجوء إلى تطبيق أحكام القانون الدولي العام ومبادئه^(١٤٤).

وقد دافع الكثير من الفقه ومن قبله هيئات التحكيم الدولي عن فكرة تدويل عقد الاستثمار، سعيًا في المقام الأول لحماية اتفاق التحكيم الخاص بهذا العقد، بالإضافة للربحية في إحلال القانون الدولي محل القانون الوطني للتطبيق على هذا العقد، وأيضًا تطبيق مجموعة من المبادئ القانونية المستقرة في المعاملات الدولية مثل العقد شريعة المتعاقدين، فضلًا عن مبدأ افتراض حسن النية في العلاقات العقدية، ومبدأ الحقوق المكتسبة، وأيضًا إعمال حكم المادة (٣٨)^(١٤٥) من نظام محكمة العدل الدولية. وقد سعوا لإيجاد تبرير لذلك بالقول إن هناك مجموعة من قواعد القانون الدولي يمكن أن تسري على عقود الاستثمار متميزة عن قواعد القانون الوطني وقواعد القانون الدولي

(١٤٣) راجع: Todd Weiler, International investment law and arbitration, Cameron May, 2005, p 240.
(١٤٤) راجع: LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT a challenge for state police powers ?, op. cit, p 945.
(١٤٥) وتعالج هذه المادة الإجراءات واجبة الإلتزام لرفع الدعوي أمام محكمة العدل الدولية، والتي تنص على:

International court of Justice, rules of court (1978), article 38:

1. When proceedings before the Court are instituted by means of an application addressed as specified in Article 40, paragraph 1, of the Statute, the application shall indicate the party making it, the State against which the claim is brought, and the subject of the dispute.
2. The application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based.
3. The original of the application shall be signed either by the agent of the party submitting it, or by the diplomatic representative of that party in the country in which the Court has its seat, or by some other duly authorized person. If the application bears the signature of someone other than such diplomatic representative, the signature must be authenticated by the latter or by the competent authority of the applicant's foreign ministry.
4. The Registrar shall forthwith transmit to the respondent a certified copy of the application.
5. When the applicant State proposes to found the jurisdiction of the Court upon a consent thereto yet to be given or manifested by the State against which such application is made, the application shall be transmitted to that State. It shall not however be entered in the General List, nor any action be taken in the proceedings, unless and until the State against which such application is made consents to the Court's jurisdiction for the purposes of the case.

العام، ومؤسسة على العادات والممارسات التجارية وقواعد lex mercatoria التي تطبق على عقود الاستثمار العابرة للحدود بين الدول^(١٤٦).

هذا وقد لقي هذا الرأي تأييداً واسعاً من العديد من أحكام التحكيم، وذلك على النحو التالي:

- قضية Aminoil^(١٤٧) :

تتلخص وقائع هذه القضية في أنه في عام ١٩٤٨ أبرم حاكم الكويت عقد امتياز لاستخراج البترول مع الشركة الأمريكية Aminoil لمدة ستين عاماً. وقد تضمن العقد شرط الثبات التشريعي، بحيث لا يتأثر العقد بالتعديلات التشريعية الجديدة التي تصدرها دولة الكويت بعد إبرام العقد.

وفي عام ١٩٧٣ أصدرت منظمة الدول المصدرة للبترول (أوبك) نظاماً جديداً لتسعير البترول، وعندما أرادت حكومة الكويت إجراء مفاوضات مع شركة Aminoil حول الأسعار المتفق عليها في العقد في ضوء التغييرات الحديثة رفضت الشركة، الأمر الذي دفع الحكومة الكويتية إلى إصدار القرار بقانون رقم ١٢٤ لعام ١٩٧٧، الذي قررت فيه إنهاء العقد المبرم بينها وبين الشركة الأمريكية، وقامت بوضع يدها على ممتلكات الشركة مقابل تعويض عادل.

وعلى إثر ذلك لجأت شركة Aminoil إلى أعمال شرط التحكيم الوارد في العقد، لكن حكومة الكويت رفضت أعمال شرط التحكيم بسبب أنه نص على أن يتم تعيين المحكم الثاني من الحكومة البريطانية (حيث كانت الكويت وقت توقيع العقد خاضعة للحماية البريطانية). وتم على إثر ذلك توصل الطرفين لاتفاق مضمونه إسناد التحكيم في هذه القضية إلى هيئة تحكيم Ad hoc، حيث يقوم كل طرف

(١٤٦) راجع: LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op .cit, p 945.

(١٤٧) راجع: Ad hoc Arbitral Tribunal, The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company, 24 March 1982 – arbitral award, p2.

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

باختيار محكم من جانبه، ويقوم رئيس محكمة العدل الدولية بتعيين رئيس لمحكمة التحكيم.

وبعيداً عن الخوض في تفاصيل وقائع وإجراءات هذه القضية، فإننا سنسلط الضوء فقط على النتائج التي توصلت لها فيما يخص موضوع الدراسة، حيث انتهت هيئة التحكيم إلى أن شروط الثبات الواردة في العقد (بما في ذلك شرط التحكيم) لا تعد باطلة في حد ذاتها، بما يفرض على الدولة ضرورة احترامها. فعلى الرغم من أن مثل هذه الشروط من شأنها أن تقيد من حرية الدولة في مباشرة مظاهر سيادتها، إلا أن مثل هذه الشروط تعد صحيحة بالنظر لعدم مخالفتها للنظام العام الدولي، وليس وفقاً للقوانين الوطنية.

- قضية Texaco^(١٤٨):

وتجمل وقائع هذه القضية، في أن الحكومة الليبية قد أبرمت بعض عقود امتياز لاستخراج البترول مع الشركتين الأمريكيتين (California Asiatic oil company & Texaco overseas petroleum company) في الفترة من ديسمبر ١٩٥٥ حتى أبريل عام ١٩٧١.

وفي أول سبتمبر عام ١٩٧٣ أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ بتأميم ٥١% من الأصول المملوكة للشركتين. ثم أصدرت في عام ١٩٧٤ القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٤ بتأميم كل الأصول المملوكة للشركتين، وقد قامت الشركتان على أثر القرار الأخير بإخطار الحكومة الليبية بعزمهما اللجوء للتحكيم لحسم النزاع، وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٨ من عقود الامتياز المبرمة بينهما.

وقد رفضت الحكومة الليبية تنفيذ شرط التحكيم الوارد في العقد، وامتنعت عن الاستجابة لمطلب الشركتين باللجوء للتحكيم، الأمر الذي دفع الشركتين على إثر ذلك إلى اللجوء لمحكمة العدل الدولية لتعيين محكم وحيد للفصل في النزاع. وقد

(١٤٨) راجع: Texaco-Calasiatic c. Libye, 1977, Journal du droit international, 1977, p 350

تعرض المحكم للعديد من المسائل القانونية، كان أهمها مدى صحة شروط الثبات أو عدم المساس بخصوص شرط التحكيم.

وقد فرق المحكم وهو بصدد معالجة هذا الأمر بين فرضين:

الأول/ أن يخضع العقد المبرم بين الدولة والمستثمر للقانون الداخلي لها بشكل كامل، حيث يجب في هذه الحال تسوية المراكز الجديدة وفقاً للقوانين واللوائح النافذة في الدولة، حتى ولو بالمخالفة لشروط الثبات التشريعي.

الثاني/ أن يكون العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي عقداً دولياً، حيث تكون الدولة في هذه الحال قد وضعت نفسها في إطار النظام القانوني الدولي، كي تتعهد تجاه المستثمر بضمان الأوضاع القانونية والاقتصادية خلال فترة زمنية محددة، بما يحفز المستثمر إلى القيام باستثمارات ضخمة في إقليم الدولة متحملاً المخاطر كافة الناجمة عن ذلك، ومن ثم فإن اتخاذ الدولة لأي إجراء ترى أنه من صميم اختصاصها وفقاً للقانون الداخلي يجب معه أن تراعي الآثار الدولية لهذا الإجراء، مادام هذا القرار يمس علاقة من علاقات القانون الدولي مثل اتفاق التحكيم. وبناء عليه يجب على الدولة في هذه الحال أن تحترم تعهداتها وتنفذ اتفاق التحكيم حتى ولو كان ذلك يتنافى مع مظاهر سيادتها.

وعلى الرغم مما شهدته نظرية تطبيق القانون الدولي على عقود الاستثمار من تأييد واسع النطاق، انطلاقاً من كون هذه الفكرة ستؤدي إلى تطبيق العادات والممارسات التجارية المستقرة في المعاملات الدولية، فإنها مع ذلك قد تعرضت لنقد شديد، تمثل فيما يلي:

أ) إن هذه النظرية إذا ما كانت قابلة للتطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع وعقود التمويل، فإنها لا تصلح للتطبيق على عقود الاستثمار، بالنظر لما لهذه العقود من طبيعة خاصة، باعتبارها من قبيل عقود التنمية الاقتصادية (EDAs)، التي غالباً ما تسعى الدولة فيها لأن تحتفظ بحقها في الإنهاء المبسر للعقد، أو

[دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار]

تعديل شروطه بشكل منفرد خاصة فيما يتعلق بقواعد فض المنازعات بطريقة التحكيم، والاتفاقات الخاصة بالتعويض.

ب) إن الأخذ بهذه النظرية من شأنه أن يؤدي إلى أن أي انتهاك لأي شرط من شروط عقد الاستثمار، كاتفاق التحكيم سوف يعتبر خطأ دولياً تقوم مسئولية الدولة عن تعويض الأضرار الناشئة عنه^(١٤٩). وهو ما ظهر تطبيقاً له اتفاق تسوية المنازعات بين دولة إيران و شركة النفط البريطانية الإيرانية، وذلك فيما يتعلق بقرارات إيران بتأميم شركات النفط. حيث جاء في الاتفاقية الثنائية فيما بين إيران والمملكة المتحدة شرط بأن أي خرق لاتفاق اللجوء للتحكيم الوارد في اتفاق تسوية المنازعات يعد خرقاً للاتفاقية. بل كان دائماً يتم تبني تفسير موسع لهذا الاتفاق، يذهب إلى أن خرق شرط التحكيم يعد مخالفة دولية باعتباره يشكل خرقاً لما تم الاتفاق عليه في الاتفاقية الثنائية بين البلدين^(١٥٠).

ت) أيضاً وجه النقد لهذه النظرية على أساس أن هذا الرأي ينطوي على منح عقد الاستثمار صفة المعاهدة الدولية، كما أنه يرفع المستثمر إلى رتبة الدولة صاحبة السيادة^(١٥١). فالقانون الدولي لا يسرى إلا على العقود التي تبرمها الدولة بوصفها صاحبة سيادة مع دولة أخرى^(١٥٢).

(١٤٩) راجع: LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 945.

- هناك العديد من المعايير المتبعة لتقدير قيمة التعويض المستحق على الدولة في حال انتهاكها شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار، أهمها:

١- تحديد طبيعة التدخل التشريعي من قبل الدولة، وذلك فيما إذا كان هذا التدخل الهدف منه تحقيق غرض عام وغير تمييزي أو القصد منه فقط مصالح المستثمر.

٢- تحديد مدى استهداف التدخل التشريعي للحرمان الكلي أو الجزئي لملكية المستثمر.

٣- تحديد مدى تأثير التدخل التشريعي في توقعات المستثمر، فشرط الثبات يبعث في نفس المستثمر استقراراً يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض المستحق.

Cotula, Lorenzo, (august 2007). " Foreign investment contracts", op. cit p3.

(١٥٠) راجع: Noble Ventures v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, para. 53 (Oct. 12, 2005), available at: <http://italaw.com/documents/Noble.pdf>.

(١٥١) راجع: LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 946.

See: Serbian Loans Case, 1929 P.C.I.J. (ser. A) at 31 (July 12).

(١٥٢) راجع:

ث) ذهب جانب من الفقه للقول بأن وجود قانون دولي يحكم عقود الدولة مثل القانون التجاري الدولي الذي يقوم على الأعراف والعادات التي استقر عليها العمل بين التجار أمر يخالف الواقع، وأن منظمات وهيئات التحكيم الدولية تتردد في الغالب للقول والاعتراف بوجود هذا القانون^(١٥٣).

ولا يخفى على أحد، أن الاتجاه السابق قد اندفع بشدة بغية تقادي مشكلات استعمال الدولة لسلطتها الاستثنائية تجاه شرط التحكيم الوارد في عقد الاستثمار، إلى القول بخضوع هذا الشرط لأحكام القانون الدولي. ويبدو أن هذا الاندفاع قد أفقده توازنه، حيث إنه لم يأت بتبرير قانوني مقنع يسمح بمخالفة الأصول القانونية المتعارف عليها في تحديد نطاق تطبيق القوانين. فالقانون الدولي بعيد كل البعد عن العقود التي يكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون الخاص، حيث إن هذا القانون لا يخاطب الخاصة من الأفراد أو المؤسسات، كما لا يجوز الاستعاضة عن النظم القانونية الوطنية بتطبيق القانون الدولي، حيث إن الأخير لا يعد نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق، بالنظر إلى أنه لا يمثل تعبيراً عن أي سيادة، كما أنه لم يتطور على النحو الذي يجعله قادراً على حكم العلاقات التعاقدية الخاصة.

يضاف إلى كل هذا ما اتسمت به أحكام التحكيم سائلة الذكر من غرابة لا نرى تبريراً لها؛ فقد قررت خضوع عقد الاستثمار بما يتضمنه من شرط التحكيم للقانون الدولي دون وجود مسوغ في العقد أو القانون يسمح بذلك، فلم يرد في العقود محل النزاع اتفاق صريح أو ضمني لأطرافه بإسناد العقد لأحكام القانون الدولي، كما لا يوجد نص في القانون يقضي بهذا، ولا سند لانتطابق أحكام القانون الدولي على منازعات التحكيم السابقة كما يرى جانب من الفقه سوى الإرادة التحكيمية^(١٥٤).

(١٥٣) د. نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص ٤٨١.

(١٥٤) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ١٦٤.

٤٠- رأينا الخاص بخصوص صحة اعتبار اتفاق التحكيم من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس:

ونحن من جانبنا نرى صحة الاتفاق على اعتبار شرط التحكيم في عقود الاستثمار من قبيل شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس، وذلك على النحو الذي يجب معه على الدولة أن تلتزم باحترام تعهداتها بعدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يطرأ من تعديلات تشريعية بعد تمام الاتفاق عليه. كما تلتزم بعدم المساس بهذا الاتفاق من خلال الانفراد بإلغاء شرط التحكيم أو تعديله. ويقف وراء هذا الرأي تبريرات قانونية وعملية، وذلك على النحو التالي:

التبرير القانوني: ويقوم التبرير القانوني على أن السيادة الحقيقية للدولة تتجسد وتتحقق عندما تحترم ما اتفقت عليه وما تعهدت بتنفيذه، وليس من خلال امتلاكها القدرة على الانفراد بتغيير مجريات العقد بصورة منفردة، سواء بتعديلات تشريعية أو بإلغاء العقد أو تعديله. فالدولة إذا ما شعرت وقت إبرام عقد الاستثمار أن الاتفاق على جعل التحكيم من شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس من شأنه أن يشكل انتهاكاً لسيادتها على مواردها، أو انتقاصاً مما تتمتع به من امتيازات تجاه المتعاقدين معها، فعليها أن ترفض مثل هذا الاتفاق ولا تقبله، لكن إذا ما وصل بها الحال إلى أن قبلت بهذه الشروط وافقت عليها صراحة في العقد، فليس أقل من أن تحترم ما تعهدت به. فالدولة يجب عليها أن تحترم الحقوق المكتسبة، وترعى المراكز القانونية المستقرة في ظل وضع قانوني معين. يضاف لذلك أنه في الحالات التي يحدث فيها اختلال للتوازن العقدي بسبب حدوث تغيرات اقتصادية أو سياسية، فإن الدولة عليها أن تسلك طريقاً قانونية للتوصل إلى إعادة التوازن العقدي، من خلال إعادة التفاوض للظروف الطارئة.

التبرير العملي: وينطلق التبرير العملي من إدراك خصوصيات عقد الاستثمار، سواء من حيث أطرافه أو محله أو الغاية المبتغاه منه. فعقد الاستثمار يبرم لمدد زمنية

عادة ما تكون طويلة، حيث غالباً ما يرد على مشروع تجاري ضخم يستغرق وقتاً طويلاً لإنجازه^(١٥٥). كما ينظم علاقة تجمع الدولة بوصفها صاحبة سيادة وسلطان من جانب، والمستثمر الأجنبي بوصفه طرفاً ضعيف من جانب آخر. كما يرد هذا العقد على استغلال إحدى الثروات الطبيعية للدولة، بما يحقق النفع الخاص للمستثمر من ناحية، والنفع العام للدولة من خلال ما تحدثه المشروعات من تنمية اقتصادية واجتماعية شاملة. والأمر على هذا النحو يوجب ضرورة توفير الضمانات الكافية لحفز وتشجيع المستثمر إلى جلب رؤوس الأموال والخبرات التي يمتلكها لمباشرة أنشطته الاستثمارية، ومن ثم تحقيق النفع العام. ومما لا شك فيه أن التحكيم يأتي على رأس الضمانات التي يعول عليها المستثمر في اتخاذ قراره بمباشرة الأنشطة الاستثمارية في دولة ما، ليس فقط لما يتمتع به التحكيم من سهولة وسرعة في فض المنازعات، ولكنه الوسيلة المناسبة لتحقيق التوازن الاقتصادي المنشود للعقد إذا ما أصابه خلل. يضاف لكل هذا أن التحكيم هو الوسيلة التي يضمن من خلالها الهروب من ربكة القضاء الوطني الذي لا يؤمن حياده في منازعات تكون الدولة طرفاً فيها في مواجهة طرف أجنبي^(١٥٦). ومن ثم فإنه لا يكفي بمجرد موافقة الدولة على إدراج شرط التحكيم في عقد الاستثمار نزولاً على رغبة المستثمر، بل أيضاً ضرورة تحصين هذا الشرط وضمان ثباته ضد ممارسات الدولة الانفرادية، وذلك حتى لا تتمكن الدولة من تفريغ هذا الشرط من مضمونه بصورة غير مباشرة من خلال إحداث تعديلات تشريعية جديدة، أو الانفراد بإلغاء الشرط أو تعديله دون موافقة المستثمر. وبناء عليه يجب تحصين شرط التحكيم في عقد الاستثمار بالثبات ضد التعديلات التشريعية الطارئة بعد الاتفاق على التحكيم، وتحصينه أيضاً بعدم المساس به من الدولة بصورة منفردة.

(يتبع تمة البحث بقسمه الثاني في عدد لاحق)

(١٥٥) راجع: Cotula, Lorenzo, " Foreign investment contracts", op. cit p2.
(١٥٦) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧١٥.